



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRO-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FABIANA OLIVEIRA BASTOS DE CASTRO

**A BUSCA DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: AUDIÊNCIA DE
CUSTÓDIA E O CONTRADITÓRIO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR**

SÃO CRISTOVÃO-SERGIPE

2017.1

FABIANA OLIVEIRA BASTOS DE CASTRO

**A BUSCA DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: AUDIÊNCIA DE
CUSTÓDIA E O CONTRADITÓRIO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação
em Direito, da Universidade Federal de Sergipe, como
requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Daniela Carvalho Almeida da Costa.

SÃO CRISTOVÃO-SERGIPE

2017.1

FABIANA OLIVEIRA BASTOS DE CASTRO

A BUSCA DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O CONTRADITÓRIO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Defesa da dissertação de mestrado da Fabiana Oliveira Bastos de Castro, intitulada: **A busca do processo penal constitucional: audiência de custódia e o contraditório na investigação preliminar**, orientado pela Prof (a). Dr. (a) Daniela Carvalho Almeida da Costa, apresentado à banca examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito na UFS, em (dia) de (mês) de (ano).

Os membros da Banca Examinadora consideraram a candidata APROVADA.

Banca Examinadora:

(Assinatura)_____

(Titulação/nome/instituição)

(Assinatura)_____

(Titulação/nome/instituição)

(Assinatura)_____

(Titulação/nome/instituição)

Orientadora: Daniela Carvalho Almeida da Costa.

SÃO CRISTOVÃO-SERGIPE

2017.1

*“Todos esses que aí estão
Atravancando meu caminho,
Eles passarão...
Eu passarinho!”*
(Mario Quintana)

AGRADECIMENTOS

Agradecer não é suficiente para expressar a tamanha gratidão que tenho por aquelas pessoas que nos momentos das nossas vidas, aqueles mais difíceis, nos estendem a mão amiga e nos oferecem amparo.

Agradeço a Deus, primeiramente, por sempre está ao meu lado dando força e sabedoria nos momentos de maiores dificuldades, e também por acalantar e dar a motivação necessária para o êxito desse empreendimento na minha carreira.

Ao meu amado esposo, Augusto César Mendonça, por sua paciência em minhas constantes ausências, companheirismo e incentivo para o desenvolvimento e sucesso desse trabalho. Obrigada por tudo!

A Prof. Daniela Carvalho Almeida da Costa, exemplar orientadora e fundamental para a conclusão do projeto, seja por sua incansável dedicação e fomentação de boas ideias, seja por seu humanismo e compreensão.

Enfim, um muito obrigado a todos aqueles que me apoiaram nessa árdua jornada que sagrou-se vitoriosa.

RESUMO

A presente dissertação tem como escopo identificar se audiência de custódia ao civilizar o ato de prisão, reverenciando os princípios do contraditório e a ampla defesa desde o início da persecução penal, propiciará o surgimento de uma nova política sobre a investigação preliminar, agora, orientada na efetivação das garantias fundamentais, principalmente do contraditório na fase investigativa. Dessa forma, pretende-se ampliar os conhecimentos sobre a audiência de custódia, objetivando identificar a sua origem, definir suas características, a forma como foi implantada no sistema jurídico brasileiro, e ainda avaliar a finalidade da apresentação do preso imediatamente ao juiz e a imparcialidade do julgador que preside da audiência. No mais, pretende-se averiguar as características e pressupostos da investigação preliminar, também se indaga sobre a possibilidade de aplicação do contraditório e a sua importância na investigação preliminar brasileira. Ao final, será discutido o processo penal kafkiano, a compatibilidade do contraditório na investigação preliminar à luz do sistema processual brasileiro, bem como se a audiência de custódia tem a possibilidade de modificar paradigmas inquisitoriais ainda presentes em nossa política criminal. Para tanto, será revisada a literatura existente, explorando estudos acerca do Direito Processual Penal e Direito Constitucional, especialmente mediante consulta a livros, dissertações e monografias publicadas por autores brasileiros e estrangeiros, visando à ampliação do conhecimento sobre o contraditório e a audiência de custódia.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Garantias fundamentais. Investigação Preliminar.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to identify whether a custodial audience in civilizing the arrest warrant, reverencing the principles of the adversary and ample defense from the beginning of the criminal prosecution, will allow the emergence of a new policy on preliminary investigation, now oriented towards the Fundamental guarantees, especially of the contradictory in the investigative phase. In this way, it is intended to increase knowledge about the custody hearing, aiming to identify its origin, define its characteristics, the way it was implanted in the Brazilian legal system, and also evaluate the purpose of the presentation of the prisoner immediately to the Judge and impartiality Of the trial judge attending the hearing. In addition, it is sought to ascertain the characteristics and assumptions of the preliminary investigation, it also inquires about the possibility of applying the contradictory and its importance in the Brazilian preliminary investigation. In the end, we will discuss the Kafkian criminal proceedings, the compatibility of the contradictory in the preliminary investigation in light of the Brazilian procedural system, as well as if the custodial audience has the possibility to modify inquisitorial paradigms still present in our criminal policy. To do so, the existing literature will be reviewed, exploring studies on Criminal Procedural Law and Constitutional Law, especially by consulting books, dissertations and monographs published by Brazilian and foreign authors, aiming to broaden the knowledge about the topic discussed.

Keywords: Custody hearing. Fundamental guarantees. Preliminary investigation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH - Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem

CF – Constituição Federal do Brasil

CIDH – Corte Internacional de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPP – Código de Processo Penal brasileiro

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

ONU – Organizações das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	
1.1 Considerações preliminares.....	13
1.2 O por quê da imediata apresentação do preso ao Juiz?.....	17
1.3 Apresentação imediata ou sem demora?.....	29
1.4 A (im) parcialidade do juiz que preside a audiência de custódia.....	35
1.5 Os limites na oitiva do preso e o valor probatório do depoimento colhido.....	40
1.6 Audiência de custódia à brasileira.....	46
CAPÍTULO 2 – O INQUÉRITO	
2.1 Considerações preliminares.....	52
2.1.1 Principais características.....	54
2.1.2 Sistemas processuais: do inquisitivo ao neoinquisitivo.....	57
2.2 Valor probatório do inquérito policial.....	62
2.3 Direito à assistência de advogado sob a ótica da Lei nº 13.245/2016.....	64
2.4 Contornos do sistema ideal: órgão encarregado de realizar a investigação preliminar.....	71
2.5 A crise do inquérito policial: qual seria o sistema ideal?.....	79
CAPÍTULO 3 – EM BUSCA DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	
3.1. Audiência de custódia e o processo “kafkiano”.....	87
3.2 A O sistema processual brasileiro e contornos do contraditório como exercício do direito defesa.....	91
3.3 Concepção da investigação preliminar a partir da implantação da audiência de custódia.....	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	107

INTRODUÇÃO

O tema denominado “A busca do processo penal constitucional: audiência de custódia e o contraditório na investigação preliminar”, estar diretamente relacionado aos direitos e garantias da sociedade, sendo o seu estudo de grande relevância social, jurídica, política e constitucional porque amplamente debatido nos centros acadêmicos acerca da política criminal brasileira e sua eficiência aliada às normas fundamentais constitucionais.

A investigação preliminar, no direito brasileiro, atua como filtro da ação penal, coletando indícios de materialidade e autoria, demonstrando a justa causa que autoriza (ou não) a propositura da respectiva ação penal, serve, também, para sustentar medidas investigativas que violam a intimidade e a dignidade da pessoa humana (a exemplo: quebra do sigilo bancário e telefônico, busca e apreensão de bens, inviolabilidade do domicílio, prisão provisória), bem como a restrição da liberdade com a execução de prisões cautelares ou provisórias (flagrante, preventiva e temporária) lastreadas em provas unilateralmente produzidas e colhidas durante a fase procedimental da inquirição policial.

Contudo, apesar de a investigação preliminar ser instrumento importante para o exercício da persecução criminal do Estado contra o potencial infrator das normas jurídicas positivadas, trata-se, em que pese o garantismo perseguido pela Constituição Federal de 1988, de um procedimento administrativo, meramente informativo, desenvolvido unilateralmente pela autoridade policial e destinado a fornecer elementos de indício de autoria e materialidade para fins de instrumentalizar a instauração do processo ou não, de forma que renega, em sua essência, a participação da defesa na construção do convencimento.

Em contraposição à negligência da defesa na fase pré-processual, pautada na concepção da efetividade dos direitos humanos e concretização dos direitos fundamentais, há muito tempo previstos em tratados internacionais e em regimes jurídicos de diversos países, a realização da audiência de custódia (ou de apresentação) garante a toda pessoa o direito de ser exibido a uma autoridade competente e imparcial tão logo cerceada a sua liberdade com a finalidade, precípua, de oportunizar a defesa sobre os motivos da prisão e

a averiguação de maus tratos, racismo ou quaisquer abusos que maculem a atuação estatal na fase de persecutória.

O Brasil, embora tenha assinado a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica ou CADH) que prevê a realização da audiência de custódia, ratificada pelo Poder Legislativo no ano de 1992, conforme o Decreto-Lei nº 678, do ano de 1992, as disposições contidas na Convenção, acerca da pronta apresentação do preso em flagrante, eram desconhecidas e pouco eficazes, especialmente pela falta de publicidade e interesse dos Tribunais Pátrios e da sociedade em dar aplicabilidade no sistema judiciário.

O interesse sobre o tema, entretanto, ganhou destaque no cenário nacional com o debate pelo Supremo Tribunal Federal de medidas que possibilitassem sanear o sistema carcerário brasileiro e diminuir a população de presos provisórios quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347 pelo Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar, que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro e garantiu a toda pessoa detida ou retida o direito de ser conduzida à presença de um Juiz, baseando, a Suprema Corte, no que dispõe o artigo 7º, item 5º, da CADH.

A apresentação do preso em flagrante diretamente ao juiz, acompanhado do advogado (particular ou defensor público) e promotor de justiça, constitui grande avanço na efetivação dos direitos fundamentais, mormente porque homenageia o contraditório antes mesmo da instauração da ação penal e consagra importantes princípios constitucionais que norteiam todo ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se, especialmente, o devido processo legal, a não culpabilidade, o juízo natural, a imparcialidade do julgador, a liberdade, dentre inúmeros outros.

Logo depois da efetividade garantista da proteção humana da persecução penal do Estado, com a realização da audiência de custódia, instaurar-se-á ou dar-se-á seguimento ao inquérito policial visando guarnecer elementos para formação do *opinio delicti* do Ministério Público, tal como instrumentalizar eventual propositura da ação penal. Porém, a contrassenso da evolução do direito e do próprio processo criminal, a investigação preliminar permanece com características inquisitoriais, na medida em que têm como características o sigilo, os atos estarem reunidos a uma única autoridade, e a ausência de contraditório.

A apresentação do preso ao juiz, dessa forma, viabiliza o efetivo exercício dos direitos constitucionalmente garantidos, a propensão disso é a possível e necessária constitucionalização do inquérito policial, ou então, a sua extinção na forma como atualmente concebemos.

A pesquisa tem como objetivo analisar os aspectos e perspectivas da implantação da audiência de custódia no direito brasileiro numa forma de constitucionalizar a persecução penal preliminar exercida pelo Estado, efetivando os princípios do contraditório e a ampla defesa na investigação preliminar, como uma nova ferramenta jurídica que beneficiará tanto o indivíduo quando o Estado, pois além de proteger os direitos fundamentais dos custodiados, busca a construção de um processo penal mais equilibrado e justo.

Dessa forma, por meio da revisão da literatura existente e disponível, pretende-se explorar os estudos acerca do Direito Processual Penal e Direito Constitucional, especialmente mediante consulta a livros, dissertações e monografias publicadas por autores brasileiros e estrangeiros, pesquisas jurisprudenciais das Cortes Estrangeiras, nacionais e internacionais.

Inicia-se, no primeiro capítulo, explicando sobre a audiência de custódia, com o objetivo de identificar a sua origem, definir suas características essenciais, a forma que é aplicada em outros países e prevista nos tratados internacionais mundo afora, como foi implantado no sistema jurídico brasileiro e como está se desenvolvendo na prática forense, e ainda avaliar a finalidade e o limite temporal da apresentação do preso, o estudo acerca do valor probatório e a imparcialidade do julgador que presidiu a audiência de custódia para atuar no processo.

Em seguida, no segundo capítulo, averigua-se as características da investigação policial preliminar às raias da legitimidade exigida no Estado Democrático de Direito, perquirindo o valor probatório das peças colhidas na investigação, o órgão encarregado de realizar a investigação, bem como qual seria o sistema processual preliminar ideal à luz da Constituição Federal de 1988, respeitando os direitos essenciais do homem sem o prejuízo da atividade e efetividade persecutória do estado.

No capítulo derradeiro, examina-se se a audiência de custódia é capaz de eliminar os males do processo kafkiano¹, informando ao acusado sobre os fatos que acarretaram a sua prisão, a fim de que seja efetivamente construída uma sentença justa. A seguir, indaga-se sobre a necessidade de constitucionalização do direito processual penal para fins de eficácia das garantias fundamentais aos investigados, principalmente no tocante ao respeito do contraditório e a ampla defesa desde o início da persecução criminal estatal.

Ao final, estuda-se com a implantação da audiência de custódia no sistema judiciário brasileiro a concepção atual da investigação preliminar poderá ser transformada e adequada aos sistemas de garantias fundamentais das pessoas humanas especialmente os já consagrados nos textos internacionais e na Constituição da República, de forma a conceber a efetivação da garantia do contraditório substancial na fase preliminar processual, com vista a possibilitar a influência do indiciado na construção do convencimento acerca da propositura de eventual ação penal.

Com atenção especial para a aplicabilidade dos Direitos Humanos na política criminal brasileira e a proteção do acusado, como elemento intransponível da legitimidade da persecução penal no Estado Democrático de Direito, foram dadas as conclusões do trabalho e do estudo realizado.

¹ O processo Kafkiano é conhecido por desprezar as garantias do devido processo legal, expressão retirada do livro “O Processo” de Franz Kafka.

CAPÍTULO 1 – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1 Considerações preliminares

Pode-se dizer que o instituto da audiência de custódia tem sua origem remota no Direito Romano, uma vez que naquela época todo cidadão livre detido ilegalmente poderia reclamar sua liberdade ao *Pretor* (comandante que administrava a justiça na antiga Roma) através da ação denominada *interdictum libero homine exhibendo*.

A sociedade romana era marcadamente escravagista, dividida em classes sociais e de caráter individualista-patrimonialista, de forma que o status social do indivíduo denotava qual a esfera de direitos a ele pertencente. Assim, somente os homens livres possuíam o direito de utilizar o instituto processual adequado a pleitear a restituição da sua liberdade, o *interdictum*.

O *Pretor*, diante da postulação do interdito e da análise da condição de liberdade do paciente, requeria ao coator, a imediata apresentação do detido em público para o exame da legalidade do ato que cerceou a sua liberdade, podendo devolvê-la ou não, como exemplifica HOLANDA (2004, p. 38 *apud* ALBUQUERQUE, 2007).

Revela-se, portanto, o *interdictum libero homine exhibendo* o direito que o cidadão livre detido ilegalmente ser imediatamente levado à aparição pública e notória da autoridade do *Pretor*, com a finalidade deste ouvir as alegações para decidir, conceder ou não, o pedido de liberdade requerido. Importante destacar que o interdito não poderia ser utilizado contra o poder imperial, mas somente contra a coação de particular com status social semelhante ao do paciente, cidadão livre versus cidadão livre.

Decerto que numa sociedade em que a escravidão era institucionalizada e o patrimônio material supervalorizado, as noções modernas de garantias fundamentais e de proteção de direitos do homem ficam a infinita distância de comparação do vivenciado no império romano. Não obstante, a presença do preso diante da autoridade competente significava verdadeira garantia legal, ou seja, mais do que um instrumento de liberdade, o

interdito romano representava principalmente a proteção e a tutela protecionista do Estado contra o cerceamento ilegal da liberdade do cidadão.

A proteção do homem contra o abuso do poder estatal caminhou a passos curtos ao longo do tempo, crescendo nos exatos limites internos de cada país ou região do mundo de acordo com a evolução do pensamento social das pessoas à época. Neste sentido, podem-se citar três grandes matrizes que impulsionaram o desenvolvimento dos direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade religiosa, as garantias processuais e o direito de propriedade. Acerca do panorama histórico, explica SAMPAIO (2010, p. 133) que:

O sentido de direitos humanos ou fundamentais tem certamente suas fontes em processos históricos muito longínquos no tempo. Todavia, somente com as mudanças sociais, econômicas e políticas no trânsito da Idade Média para a Idade Moderna é que assumem tais direitos significado mais preciso. [...] temos dispostas assim as três grandes matrizes do sistema de direitos humanos: religião, processo e propriedade. Ou mais precisamente a liberdade religiosa, as garantias processuais e o direito de propriedade.

Muito mais adiante na história, o início do Século XX foi marcado por grandes tragédias humanitárias derivadas principalmente de duas grandes guerras mundiais, que juntas deixaram o saldo de mais de 50 milhões de pessoas mortas, fora a total devastação do continente europeu, sem contar o legado de todos os atos desumanos praticados pelo holocausto na Alemanha.

Os brutais acontecimentos serviram para apresentar ao mundo a necessidade inquietante e imediata de proteção dos direitos humanos na dimensão internacional, universalizando a proteção do homem com vista à preservação e conservação da espécie humana.

Assim, os direitos humanos universalizados e com vastas garantias protecionistas, tal como compreendidos hoje, surgiram como prioridade dos Estados, talvez pelo grande massacre ocorrido que ensejaram grandes revoluções na forma de pensar e proteger as liberdades individuais e proteção da dignidade do homem visando a sua conservação e prosperidade.

Nessa conjuntura, em 10 de dezembro de 1948, a primeira manifestação dessa proteção mostrou a sua face com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos

Humanos pela Assembleia Geral das Nações Unidas, conforme ressalta WEIS (2012a, p. 81):

[...] representa tanto o ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade fundamental do ser humano.

Continua a discorrer WEIS (2012b, p. 81) sobre a importância do tratado internacional no contexto histórico e como fundamento do desenvolvimento dos direitos humanos no mundo:

Realmente, com a declaração de 1948 começou a se definir um novo ramo do direito internacional público, o chamado direito internacional dos direitos humanos, sendo que este – por suas características peculiares e, por vezes, até mesmo opostas às do primeiro – vem ganhando reconhecida autonomia. [...] o direito internacional dos direitos humanos apresenta como objetivo principal a estipulação e materialização dos direitos inerentes à dignidade humana, de modo que os Estados, ainda que signatários de instrumentos internacionais, passam imediatamente ao polo passivo da relação jurídica que tem no ser humano o detentor dos direitos positivados.

Em 04 de novembro do ano de 1950, pautado na proteção do homem contra abusos da autoridade estatal, na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem - CEDH surgiu à primeira previsão normativa da imediata apresentação do custodiado ao juiz competente como forma de garantia e proteção a dignidade do homem, assegurada com o seguinte dispositivo:

5.3 Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

A partir da CEDH, surgiram, então, outros textos de organizações internacionais com o foco voltado a proteção do homem e das liberdades fundamentais que previam a realização da audiência de custódia para fins de controle da atividade policial. Neste sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP, editado em 19 de dezembro de 1966, tido como um dos instrumentos que constituem a Carta Internacional de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU, prevê, expressamente, a apresentação de todo preso ou detido ao juízo competente, conforme a

literalidade do seu artigo 9.3:

9.3. Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infracção penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias e deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado. A detenção prisional de pessoas aguardando julgamento não deve ser regra geral, mas a sua libertação pode ser subordinada a garantir que assegurem a presença do interessado no julgamento em qualquer outra fase do processo e, se for caso disso, para execução da sentença.

A mesma lógica foi seguida pelo Pacto de San José da Costa Rica assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre direitos humanos, em 22 de novembro de 1969, que determina, em seu artigo 7º, item 5:

[...] toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A apresentação de pessoa presa ou detida à autoridade competente passou a ser previsto em diversos documentos relacionados à matéria de direitos humanos, como forma de resguardar os direitos fundamentais mínimos relacionados às garantias processuais e integridade do custodiado.

Portanto, à luz dos diplomas internacionais, um dos objetivos da audiência de custódia (ou apresentação²) é supervisionar a persecução penal do Estado nas prisões cautelares, como o flagrante, a temporária e a preventiva, realizadas durante a fase investigativa, por meio de uma autoridade imparcial e competente para combater os eventuais abusos estatais aos direitos dos homens, sobretudo atos de violência como a tortura, os maus tratos e perseguição étnica ou política dos presos ou detidos acusados da prática de infração penal.

Conforme ressaltado por SCHIETTI CRUZ (2016), a condução do preso à presença de um juiz é um instrumento de fundamental importância no enfrentamento da tortura, em razão de hábitos adquiridos desde os primórdios da humanidade para que criminosos sejam tratados e punidos com sofrimento físico e moral.

² Denominação de preferência do Ministro Luiz Fux, quando o voto proferido nos autos da ADPF nº 347, STF.

Mas não é só, além de evitar ou reprimir a prática de ato de tortura ou maus tratos, a apresentação imediata do preso ao juiz na audiência de custódia visa analisar a legalidade de como ocorreu a prisão, e também analisar, com mais cautela e oportunizando a oitiva do custodiado, a possibilidade de aplicação de uma medida cautelar diversa da restritiva da liberdade.

Tão grande é a importância da apresentação da pessoa presa ou detida a presença de uma autoridade, que os referidos Pactos Internacionais preveem expressamente que essa apresentação deve ocorrer o mais breve possível ou nos seus próprios dizeres “sem que haja demora”.

Desse modo, ante a compreensão dos textos internacionais, com a apresentação imediata do preso, o julgador deverá analisar a legalidade da prisão e, sendo o caso, já relaxá-la ou convertê-la em uma medida cautelar de natureza menos gravosa, evitando que a pessoa permaneça presa provisoriamente e só venha obter a liberdade após o seu interrogatório, que seria, costumeiramente, a primeira oportunidade que o preso teria de ser ouvido pelo juiz no processo.

A audiência de custódia, nesse contexto, apresenta-se como forma de garantir aos custodiados o pleno exercício dos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana e constitui a razão que se faz necessária à compreensão e estudo do referido instituto que, ao que tudo indica, fundamenta a atuação legítima do estado na persecução criminal.

1.2 O porquê da imediata apresentação do preso?

A audiência de custódia, consubstanciada no direito de todo cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade legalmente competente e imparcial, tem o objetivo de fazer cessar eventuais maus tratos ou tortura, bem como para que se possa promover uma apreciação mais cautelosa acerca da necessidade e legalidade da prisão.

Essa lógica é extraída da jurisprudência da Convenção Americana de Direitos

Humanos – CADH que apresenta como finalidade da audiência de custódia prevenir ameaças e maus tratos e, também detectar e prevenir prisões e detenção ilegais e arbitrárias, ensinamentos que foram destacados no julgamento de *Acosta Calderón vs. Equador*³:

76. O artigo 7.5 da Convenção dispõe que qualquer pessoa sujeita a uma prisão tem direito a uma revisão judicial que a detenção sem demora como um meio de controle para evitar capturas arbitrárias e ilegais. O controle judicial imediato é uma medida destinada a evitar arbitrariedade ou ilegalidade das prisões, tendo em conta que o Estado de Direito o juiz deve garantir os direitos dos presos, autorizar medidas cautelares ou coercitivas, onde estritamente necessário, e na tentativa, em geral, de que o acusado seja tratado de modo consistente com a presunção de inocência. 77. Tanto a Corte Interamericana e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos destacaram a importância da supervisão judicial rápido de detenções. Quem é privado de liberdade sem controle judicial deve ser liberado ou ser imediatamente apresentado a um juiz. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos argumentou que, enquanto a palavra "imediatamente" deveria ser interpretada fazer de acordo com características especiais em cada caso, não há qualquer situação, por mais grave que seja, concede às autoridades o poder de indevidamente prolongar o período de detenção, porquanto violaria o Artigo 5.3 da Convenção Europeia. 78. Como tem sido apontado em outros casos, o Tribunal considera necessário alguns esclarecimentos sobre este ponto. Em primeiro lugar, as condições da garantia no artigo 7.5 da Convenção são claras quanto referir que a pessoa detida deve ser trazida imediatamente a um juiz ou autoridade judicial competente, de acordo com os princípios de controle judiciário e rapidez processual. Isto é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e conceder proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. O mero conhecimento por um juiz que uma é pessoa detida não satisfaz esta garantia. Os termos da garantia, uma vez que o detido deve aparecer pessoalmente e dar sua declaração perante o juiz ou autoridade competente.⁴

³ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: outubro de 2016.

⁴ 76. El artículo 7.5 de la Convención dispone que toda persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia. 77. Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos han destacado la importancia que reviste el pronto control judicial de las detenciones. Quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado conforme a las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención, porque esto quebrantaría el artículo 5.3 de la Convención Europea. 78. Tal y como lo ha señalado en otros casos, este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente.

Em consonância com o precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CADH, o controle judicial imediato – que proporciona a audiência de custódia – é um meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, mas, sobretudo tende a evitar possíveis práticas de tortura ou abuso de poder, visto que a presença física do custodiado possibilita ao julgador garantir os direitos fundamentais do detido e ouvi-lo tão logo cerceado a sua liberdade.

Talvez por esses fundamentos que a CADH entendeu que a mera comunicação da prisão ao juiz é insuficiente para a observância das garantias do custodiado, ao declarar que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”.⁵

Em outros termos, exige a CADH para legitimar o ato de cerceamento de liberdade e garantir a proteção dos direitos fundamentais das pessoas que o preso seja, sem demora ou o mais breve possível, apresentado fisicamente à autoridade judicial competente para julgá-lo, sob pena de ilegalidade na prática coercitiva.

Nesse sentido, segundo LOPES JR. e ROSA (2015) a simples comunicação da prisão ao juiz não atende as exigências da CADH, em razão da expressa necessidade de controle judicial efetivo da restrição de liberdade do cidadão contida no artigo 7.5. da referida Convenção, especialmente a prevenção dos maus tratos e possíveis abusos praticados no exercício da atividade persecutória.

Observa-se, portanto, que o intérprete do disposto no artigo 7.5 da Convenção de Direitos Humanos avalia a necessidade da imediata apresentação do preso/detido a presença do juiz como uma garantia fundamental da pessoa, porquanto atua como medida de precaução contra possíveis agressões as liberdades individuais e a integridade física das pessoas, agindo o julgador imparcial como verdadeiro controlador da persecução criminal e punitiva do Estado.

O Estado Brasileiro embora tenha ratificado os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos que prevê a realização da audiência de custódia por meio do Decreto-Lei nº 678/1992, ou seja, há quase 25 (vinte e cinco) anos, descumpria deliberadamente os

⁵ CIDH, Acosta Calderón vs. Equador, Sentença de 24 de junho de 2005.

seus preceitos, não internalizando o procedimento da audiência de custódia em seu processo criminal a despeito do Texto Internacional e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Prova disso, é que o artigo 306, §1º do Código de Processo Penal⁶, com a nova redação dada pela Lei Federal nº 12.403/11, segue apenas a orientação constitucional prevista no artigo 5º, LXII, a qual estabelece tão somente a imediata comunicação ao juiz de que alguém foi detido, bem como a posterior remessa do auto de prisão em flagrante para homologação ou relaxamento. Nada diz a legislação processual penal brasileira, em total revelia da previsão do CADH, sobre o direito de apresentação física do preso ao juiz quando detido.

A propósito, assinala PAIVA e LOPES JR. (2015):

A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5.º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3.º, do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual. São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Mesmo com tais fundamentos, a implantação da audiência de custódia na prática do direito brasileiro teve como foco, ao menos preliminarmente, a oportunidade para se reduzir o número de presos provisórios no país, ou seja, a apresentação física do preso ao juiz seria a solução dos problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro, os quais contam com números alarmantes de mais de 600 (seiscentas) mil pessoas custodiados pelo

⁶ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. §1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Estado.⁷

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal ao deferir parcialmente o pedido liminar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347 proposta em face da crise do sistema penitenciário brasileiro, reconheceu expressamente o “Estado de Coisa Inconstitucional” e garantiu, em medida cautelar, a implantação da audiência de custódia em todo o território brasileiro para fins de viabilizar a apresentação do preso perante a autoridade judiciária num prazo de até 24 horas, conforme disposto no artigo 7º, item 5º, da CADH.⁸

O Estado de Coisa Inconstitucional, segundo CUNHA JR. (2016a, p. 582), tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana e fundamenta-se diante da constatação de violações generalizadas, contínuas, e sistemáticas de direitos fundamentais que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas derivado principalmente da omissão do Poder Público.

O reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional autoriza o Tribunal, numa atuação ativista⁹, a construir uma solução que afete aos demais poderes, interferindo nas funções executivas e legislativas a fim de que direitos fundamentais que estavam sendo violados sejam restabelecidos e observados pelos poderes estatais.

CUNHA JR. (2016b, p. 582) adverte que:

Apesar das conhecidas críticas ao ativismo judicial, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pode reforçar o sistema de garantias dos Direitos Fundamentais, sobretudo de segmentos populacionais mais vulneráveis e afetados pela inércia e indiferença dos poderes públicos. Não

⁷ Estima-se que a população carcerária do Brasil seja de 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um), segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), publicado pelo Ministério da Justiça em junho de 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/17/brasil-caminha-para-ser-pais-com-maior-numero-de-presos-alerta-diretora-do-depen>. Acesso em: outubro de 2016.

⁸ “Em sessão realizada na tarde desta quarta-feira (9), o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu parcialmente cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que pede providências para a crise prisional do país, a fim de determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. Os ministros também entenderam que deve ser liberado, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>. Acesso em: outubro de 2016.

⁹ O ativismo é quando o Poder Judiciário exacerba a sua função de julgar, adentrando as funções dos outros poderes federativos para suprir omissões de políticas públicas.

vejo, entretanto, o ECI como um remédio milagroso a estimular ilusões. Mas pode servir pedagogicamente para (a) estimular a adoção de medidas reais e efetivas; (b) provocar um sério e sincero debate a respeito da falta ou insuficiência de políticas públicas em determinados setores sensíveis [...] e (c) proporcionar a construção de soluções estruturais dialogadas e concertadas entre os poderes públicos, a sociedade e as comunidades atingidas.

A audiência de custódia, nesses termos, tornou-se realidade no Brasil como política pública capaz de amenizar os problemas do sistema carcerário, mormente por causa dos altos índices de presos provisórios que se encontram custodiados.

Contrapondo a solução adotada pela Suprema Corte Brasileira quando o julgamento das medidas cautelares da ADPF nº 347/DF, segundo a ótica de ANDRADE e ALFLEN (2016, p. 53) a audiência de custódia não se presta ao objetivo de política pública de descarcerização e reestruturação do sistema penitenciário brasileiro, uma vez que:

[...] a audiência de custódia não se presta a abrandar a forma como cada juiz interpreta os requisitos legais para aqueles tipos de prisão cautelar, muito menos, para diminuir o contingente de presos provisórios que temos no país. Em suma, há um intento de distorção ideológica do juiz com atuação nesse ato, a exemplo do que já foi alertado em relação a outro projeto de lei – o projeto do novo CPP –, com a proposição do nome juiz das garantias ao magistrado com atuação exclusiva na fase de investigação.

A princípio, parece-nos que assiste razão a esses autores em defender a impropriedade da correlação entre a audiência de custódia e a diminuição de prisões provisórias decretadas, uma vez que, no Brasil, cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação. Significa dizer que quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados.



Figura 1: Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime, fonte: Infopen, 2014

A observância da garantia de apresentação do preso ao juiz, em primeiro plano, não representou significativa transformação nos elevados índices de prisões provisórias, conforme se evidencia os dados estatísticos do estado de Sergipe levantados pelo CNJ, que demonstram que mais de 60 % (sessenta por cento) das audiências realizadas, entre o período de 02/10/2015 a 17/08/2016, os custodiados tiveram contra si a prisão preventiva decretada¹⁰:

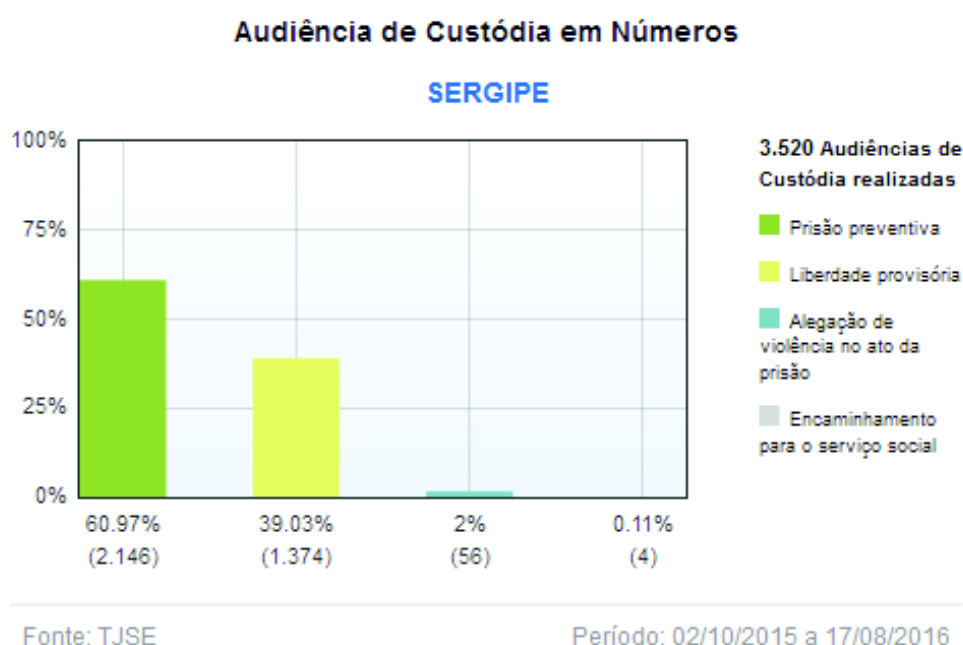


Figura 2: Audiência de custódia em Sergipe, fonte: CNJ

No estado de Pernambuco se constatou elevados índices de prisões preventivas mesmo com a implantação da audiência de custódia, visto que dentre as 3.642 oitivas realizadas entre o período de 14/08/2015 a 16/08/2016 somente 39,37% tiveram a liberdade provisória concedida, ao passo que 60,63% dos apresentados tiveram contra si expedida ordem de prisão preventiva, ou seja um representativo de mais de 2.208 pessoas adentraram ao sistema penitenciário pernambucano mesmo com a apresentação do preso perante ao juiz.

¹⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: outubro de 2016.

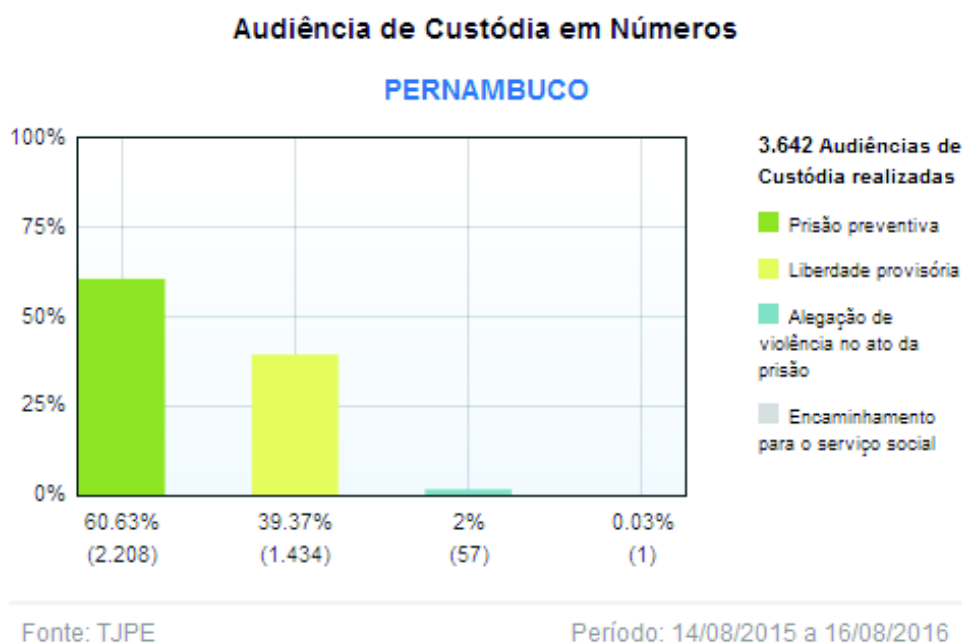


Figura 3: Audiência de custódia em Pernambuco, fonte: CNJ

Estatísticas preocupantes em relação à quantidade e proporcionalidade dos presos provisórios foram verificadas no estado do Rio Grande do Sul, porquanto, entre o período de 30/07/2015 a 17/08/2016, constatou-se que 84,29% dos apresentados à autoridade judiciária tiveram contra si a ordem da prisão preventiva, totalizando o ingresso de mais de 3.231 novos custodiados provisórios ao sistema penitenciário gaúcho. Ou seja, apenas 15,71% ou o representativo de 602 pessoas tiveram o gozo de responder a eventual ação penal em liberdade provisória decretada com alguma ou não medida cautelar distinta da prisão.

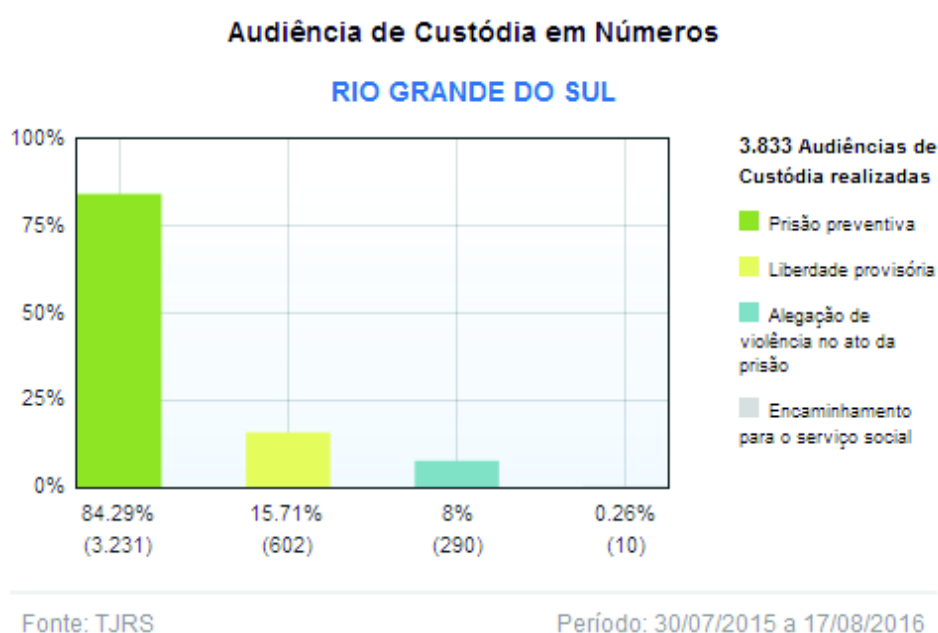


Figura 4: Audiência de custódia em Rio Grande do Sul, fonte: CNJ

Um dos poucos estados a demonstrar índices baixos em relação à decretação da prisão preventiva, foi o estado de Alagoas, que apesar do baixo contingente analisado, o percentual de apenas 21,21% de decretos de prisões preventivas contra as pessoas que foram apresentadas perante o juiz competente no período apurado entre 02/10/2015 a 24/11/2015.

É dizer: a grande maioria dos presos e detidos que exerceram efetivamente o direito de exibição a uma autoridade judiciária imparcial e competente, tiveram a liberdade provisória como medida aplicada pelos juízes alagoanos estaduais, especificadamente o montante de 78,79% gozaram do direito constitucional de responder à acusação em liberdade.

Ressalte-se, contudo, que o Tribunal de Justiça de Alagoas não forneceu a atualização dos dados estatísticos ao CNJ para que fosse comprovado se o percentual de prisões preventivas ainda permanece abaixo da média nacional no decorrer do período de um ano, e a concessão da liberdade provisória, com ou sem aplicação de uma medida de custódia, seria a regra.

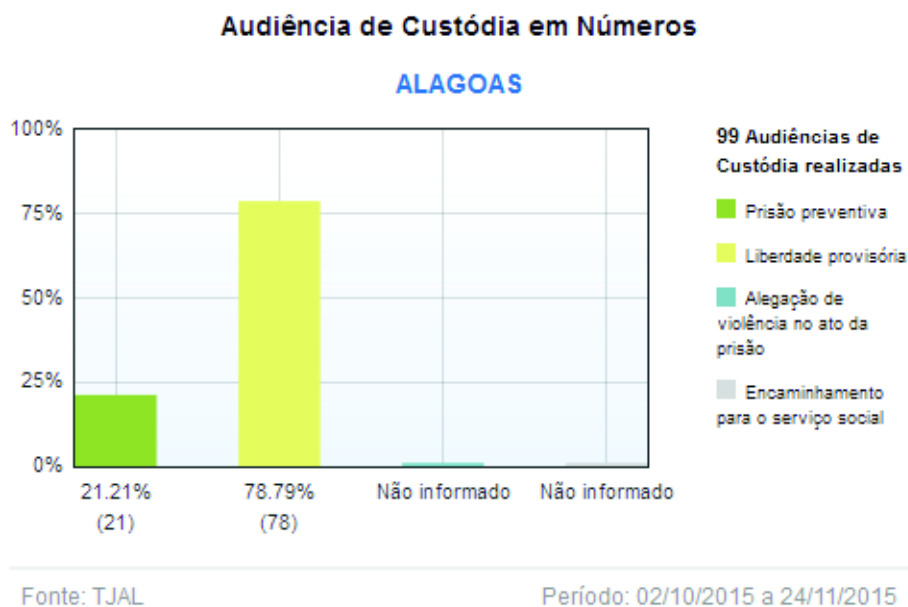


Figura 5: Audiência de custódia em Alagoas, fonte: CNJ

O estado da Bahia, na contramão do que foi visto até aqui, apresentou dados abaixo da média nacional, pois apenas 38,48% dos custodiados tiveram contra si a prisão preventiva decretada, enquanto 61,52% tiveram a chance de responder o eventual processo em liberdade.

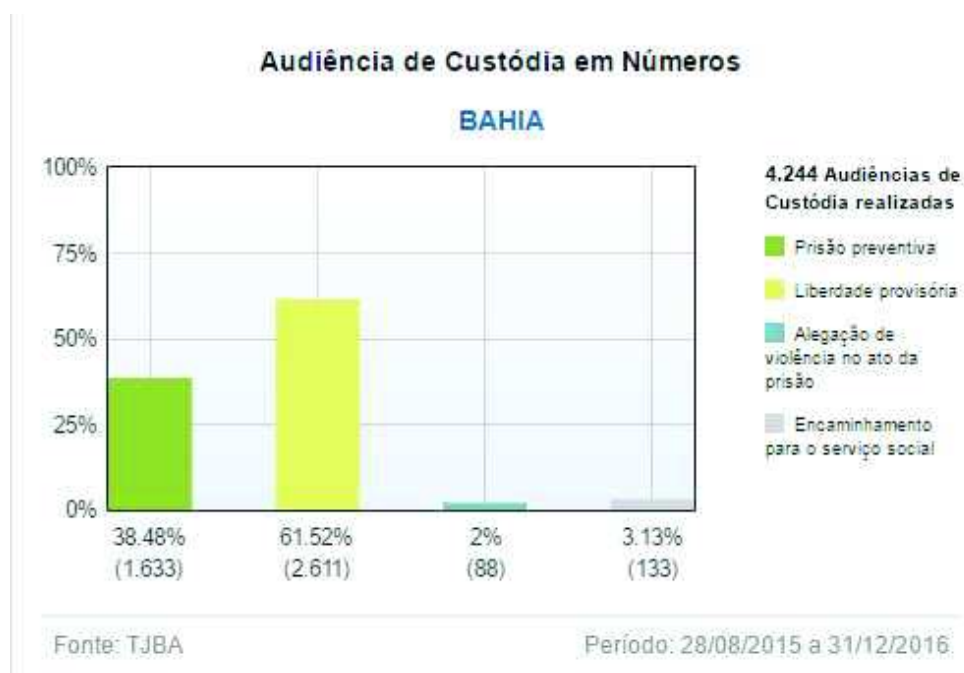


Figura 6: Audiência de custódia na Bahia, fonte: CNJ

O estado de São Paulo registrou uma redução de 36,93% das inclusões de presos provisórios no sistema carcerário paulista ao comparar o período depois da realização de audiências de custódia com antes do início das realizações de audiências de custódia no estado, conforme os dados colhidos entre 24/02/2014 a 30/09/2014 e 24/02/2015 a 30/09/2015.

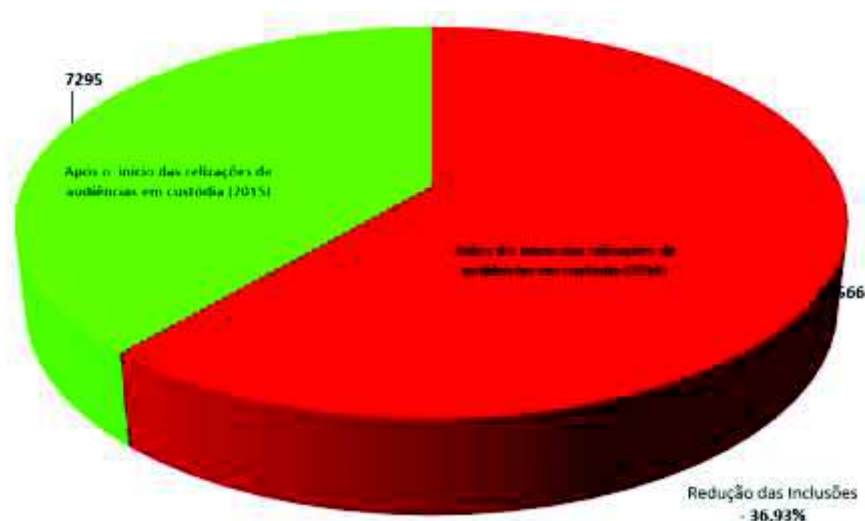


Figura 7: Audiência de custódia em São Paulo, fonte: Secretaria da Administração Penitenciária, Grupo Regional de Ações e Movimentações e Informações Carcerárias - GRAMIC

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ contabilizou que foram realizadas 153.403 (cento e cinquenta mil e quatrocentos e três) audiências de custódia entre agosto de 2015 até outubro de 2016, sendo que os casos que resultaram em liberdade provisória representam o percentual de 46,17%, os casos que resultaram em prisão preventiva o percentual de 53,83%, os casos que houveram alegação de violência no ato da prisão de 4,73%, e os casos que houveram encaminhamento para assistência social o percentual de 11,15%.

A tabela¹¹ abaixo demonstra as estatísticas colhidas pelo CNJ sobre os resultados da audiência de custódia em cada estado da federação, a quantidade, os percentuais referentes a prisão preventiva, liberdade provisória, a alegação de violência no ato da prisão e o encaminhamento de presos para a assistência social, conforme informações repassadas pelos Tribunais respectivos desde da implantação do direito no sistema criminal de cada estado, confira-se:

#	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	PRISÃO PREVENTIVA	LIBERDADE PROVISÓRIA	ALEGAÇÃO DE VIOLÊNCIA	ENVIO PARA ASSISTÊNCIA SOCIAL
ACRE	1.684	48,04%	51,96%	2%	2,08%
ALAGOAS	99	21,21%	78,79%	-	-
AMAPÁ	2.439	41,78%	58,22%	0%	3,65%
AMAZONAS	2.016	55,21%	44,79%	39%	8,33%
BAHIA	3.605	36,98%	63,02%	1%	3,02%
CEARÁ	7.206	56,76%	43,24%	6%	0%
DISTRITO FEDERAL	10.031	47,42%	52,58%	3%	0,69%
ESPÍRITO SANTO	10.466	53,92%	46,08%	5%	44,72%
GOIÁS	5.652	59,31%	40,69%	10%	22,98%
MARANHÃO	2.860	50,91%	49,09%	3%	0,45%
MATO GROSSO	3.967	45,60%	54,40%	15%	36,88%
MATO GROSSO DO SUL	8.483	50,93%	49,07%	0%	3,23%
MINAS GERAIS	12.560	53,42%	46,58%	0%	17,50%
PARÁ	4.899	53,01%	46,99%	7%	7,08%

¹¹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: outubro de 2016.

PARAÍBA	3.131	46,79%	53,21%	1%	0,19%
PARANÁ	11.518	55,44%	44,56%	2%	0,96%
PERNAMBUCO	4.536	60,60%	39,40%	1%	0,20%
PIAUÍ	1.652	57,38%	42,62%	5%	23,49%
RIO DE JANEIRO	6.436	59,62%	40,38%	2%	47,37%
RIO GRANDE DO NORTE	2.084	50,43%	49,57%	2%	0,96%
RIO GRANDE DO SUL	4.497	84,59%	15,41%	7%	0,33%
RONDÔNIA	3.770	57,77%	42,23%	6%	4,99%
RORAIMA	1.187	47,26%	52,74%	2%	4,30%
SANTA CATARINA	2.557	50,02%	49,98%	9%	5,16%
SÃO PAULO	31.474	52,42%	47,58%	7%	7,56%
SERGIPE	3.874	61,07%	38,93%	1%	0,15%
TOCANTINS	720	58,89%	41,11%	3%	0,69%

Verifica-se, desse modo, os elevados índices de prisões preventivas mesmo depois da implantação da apresentação da pessoa detida ou presa ao juiz, e ainda as tímidas estatísticas acerca da redução do número de inclusões de presos provisórios no sistema penitenciário, bem como as alegações de abuso no ato de prisão e o encaminhamento do custodiado a assistência social.

Parece-nos, portanto, exagerado enxergar a finalidade da audiência de custódia como remédio para a diminuição da população carcerária e a precariedade do sistema penitenciário, entretanto, tal realidade não elimina a importância de sua implantação para a satisfação plena das garantias individuais, sobretudo na salvaguarda da proteção do homem e seus direitos intrínsecos prevenindo a prática de maus tratos, racismo e a restrição de liberdade por tempo irrazoável.

Embora não seja a finalidade precípua da audiência de custódia, isso não significa dizer que paulatinamente a apresentação do preso não venha provocar uma mudança da cultura do encarceramento enraizada no sistema penal brasileiro, de modo a promover a humanização da atuação do Estado no tratamento dos custodiados e, conseqüentemente, diminuir os elevados índices de presos provisórios.

A apresentação do custodiado diante do magistrado traz maiores possibilidades de apreciação da necessidade de manutenção da prisão cautelar, uma vez que é

oportunizada a autodefesa e a verificação dos elementos da medida cerceadora da liberdade em relação às demais medidas cautelares diversas da prisão.

De tal modo, embora ainda timidamente demonstrado nas estatísticas colhidas até então, serviria o direito de apresentação do preso/detido à presença física do juiz como forma de solução para a diminuição dos elevados índices de prisões cautelares decretadas país afora e o prolongamento de pessoas presas aguardando o julgamento definitivo, já que a autoridade judiciária teria uma melhor compreensão e oportunidade de aplicar medidas cautelares diversas da prisão, amenizando, conseqüentemente, a situação caótica do sistema penitenciário brasileiro.

Ressalte-se, por fim, que quando a proposição do Projeto de Lei nº 554/2011, que propõe a alteração do artigo 306, §1º do Código de Processo Penal Brasileiro para tornar obrigatória a apresentação do preso ao juiz competente, o Senador sergipano Antônio Carlos Valadares apresentou como justificativa o fato que a audiência de custódia ter, como objetivo, o resguardo da integridade física e psíquica do indivíduo preso, bem como, prevenir atos de tortura de qualquer natureza, possibilitando o controle efetivo da legalidade e necessidade da prisão pelo Poder Judiciário.¹²

Dessa forma, garantindo-se o direito de apresentação do preso ao juiz, eleva-se a efetividade dos direitos fundamentais das pessoas ao mesmo tempo em que permite um maior controle do Poder Judiciário sobre eventuais arbitrariedades e ilegalidades praticadas no âmbito da atividade de persecução penal, ao mesmo tempo que poderia desafogar o sistema carcerário, especialmente a população de presos provisórios aguardando o definitivo julgamento.

1.3 Apresentação imediata ou sem demora?

A apresentação do preso ao juiz na audiência de custódia não pode se prolongar demasiadamente, sob pena de seus objetivos não serem atingidos da forma que se espera,

¹² Disponível em:

[><http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=07/09/2011&paginaDireta=36707><].

Acesso em: dezembro/2016

tornando, dessa forma, apenas mero formalismo processual penal e não a garantia de respeito aos direitos fundamentais das pessoas.

Ocorre que, os textos internacionais não delimitaram um prazo certo e determinado para que tal apresentação se concretizasse, não definindo o limite temporal para a apresentação pessoal do preso, ao invés disso, preferiram utilizar expressões de significado vago, embora semanticamente idênticos, como o “sem demora”, “imediatamente” (*promptly*), “tão logo quando possível” (*as short as possible*).

Com a utilização de conceitos vagos e indeterminados, os textos internacionais objetivaram dar ao Estado signatário mais liberdade de interpretação da norma para melhor adequá-la a sua realidade prática, considerando as suas dimensões físicas e estrutura política, de forma a atender os objetivos da audiência de custódia da melhor maneira e, ao mesmo tempo, refutar os argumentos de escassez de recursos e estrutura para o atendimento da demanda de política criminal.

Em atenção a essa problemática, ANDRADE e ALFLEN (2016b, p. 59) destaca as diferenças existentes nos países mundo afora que são signatários dos tratados internacionais que preveem a audiência de custódia, demonstrando, de certa forma, a liberdade de cada Estado para fixar o prazo para a apresentação do preso ao juiz ou outra autoridade competente:

A ausência de um prazo estabelecido *a priori* pelos textos internacionais fez com que cada país em particular, se assim julgasse pertinente, especificasse o tempo em que a apresentação deveria ocorrer. A título de exemplo, a Constituição da Guatemala (artigo 6º) prevê essa apresentação em prazo não superior a 06 horas, ao passo que o CCP do Chile (artigos 131 a 132) prevê o prazo de 24 horas. Por sua vez, a Constituição do Haiti (artigo 26), a Constituição da Nicarágua (artigo 33.2), a Constituição do México (artigo 16), a Constituição da África do Sul (artigo 35.1, letra d) e a Constituição de Portugal (artigo 28.1) estabelecem o prazo máximo de 48 horas, mesmo lapso presente no CPP do Equador (artigo 173). Estabelecendo um prazo mais dilatado, a Constituição da Espanha fixa um prazo de 72 horas para essa apresentação, mesmo prazo fixado pelo CPP da Suécia (Capítulo 24, Seção 12, 1º parágrafo).

Apesar do certo arbítrio – que não se confunde com arbitrariedade – conferido aos Estados para definirem o prazo de apresentação do custodiado a autoridade judicial competente, não olvidou as Cortes Internacionais de julgarem casos que questionavam, ainda que singelamente, o cerceamento ilegal da liberdade das pessoas por um prazo

superior do considerado ideal para a efetivação das garantias fundamentais.

O tempo determinado ideal para que o direito de apresentação se concretize em sua plenitude ainda não restou definido pela jurisprudência, mas as Cortes Internacionais já tiveram a oportunidade de se manifestarem sobre os limites que pedem a razoabilidade em conjunto com a interpretação do comando preceituado nos respectivos tratados, seja ele o “sem demora”, “imediatamente” ou “tão logo quando possível”.

Pautado, sempre, nos princípios gerais do direito, a razoabilidade e proporcionalidade, a jurisprudência da CIDH não considera abusiva a apresentação da pessoa presa ou detida ao juiz ou outra autoridade competente se efetivar num prazo superior a 24 (vinte e quatro) horas, tendo se manifestado expressamente no Caso Castillo-Páez vs. Peru¹³, Sentença de 3 de novembro de 1997, sobre a compatibilidade da apresentação no referido prazo conforme a regra do artigo 7,5 da CADH desde que justificado o seu prolongamento.

Não se verifica nos registros do processo que o detido havia sido levado perante um juiz competente no prazo de 24 horas ou pela distância, ou em quinze dias, no caso de acusação de terrorismo, em conformidade com os artigos 7, parágrafo 5, da própria Convenção e 2, nº 20, alínea c) da Constituição da Perú.¹⁴

No contexto mundial, o Comitê de Direitos Humanos da ONU já se manifestou que “um prazo de 48 horas é normalmente suficiente para trasladar a pessoa e preparar para a audiência judicial; todo prazo superior a 48 horas deverá obedecer a circunstâncias excepcionais e estar justificado por elas”.¹⁵

Para ANDRADE e ALFLEN (2016c, p. 60), o não cumprimento da apresentação imediata, em seu sentido literal, depende da compreensão das circunstâncias especiais e dificuldades que impeçam de levar o preso ou detido perante um juiz o mais cedo possível,

¹³ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf. Acesso em: outubro de 2016.

¹⁴ Tampoco aparece de las constancias de autos que el detenido hubiese sido puesto a disposición del juez competente en el plazo de 24 horas o según la distancia, o bien en el de quince días en el supuesto de acusación de terrorismo, de acuerdo con los artículos 7, inciso 5, de la propia Convención y 2º, inciso 20, letra c), de la Constitución del Perú. Caso Castillo-Páez vs. Peru, Sentença de 3 de novembro de 1997.

¹⁵ Comitê de Direitos Humanos. Observação Geral nº. 35, aprovada em 16/12/2014 *apud* (PAIVA, Caio 2015c. P – 46).

exigindo a expressa fundamentação dos motivos que acarretaram tais ocorrências.

O Chile, também signatário da CADH, introduziu a audiência de custódia em seu ordenamento jurídico, de forma que, prevê, em seu Código Processual, de modo expresso na lei, os prazos a serem observados para a apresentação do custodiado ao juiz, escalonando como imediato quando se der por ordem judicial (prisão preventiva ou temporária) e o prazo de 24 (vinte e quatro) horas quando a prisão se der mediante flagrante, eis o que preceitua:

Artigo 131. Os prazos de prisão.

Quando a prisão se praticar em cumprimento de uma ordem judicial, os policiais judiciais que a realizaram ou gerente do centro de detenção levará o detido a presença imediata do juiz que emitiu a ordem. Se este não houver tempo para apresenta-lo imediatamente, poderá ficar o detido na delegacia ou prisão para o tempo da primeira Audiência em Tribunal, por um período em qualquer caso, que não pode ultrapassar vinte e quatro horas.

Ao proceder a detenção sob os artigos 129 e 130, o policial que o tenha feito ou o gerente do centro de detenção deve informar o Ministério Público no prazo um máximo de doze horas. O procurador poderá declarar sem efeito a prisão ou ordenar a condução do detido perante um juiz dentro de um período máximo de vinte e quatro horas contadas desde a prisão qualquer praticada. Se o procurador nada manifestar, o polícia deve apresentar o detido perante a autoridade tribunal dentro do período especificado.¹⁶

O Código de Processo Penal Uruguaio, do mesmo modo da legislação chilena, estabelece o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para os que forem presos em flagrante ou preventivamente sejam apresentados a autoridade judicial competente a fim de que seja colhida a sua declaração.

Artigo 118. (Detenção) - Ninguém pode ser preso, exceto em casos de flagrante ou de ter provas suficientes de sua existência por ordem judicial escrita. Em ambos os casos, o juiz, sob a responsabilidade, tomará a sua declaração no prazo de vinte e quatro horas (artigos 15 e 16 da

¹⁶ Artículo 131.- Plazos de la detención. Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un periodo que en caso alguno excederá las veinticuatro horas. Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

Constituição da República).¹⁷

Igualmente, a audiência de custódia é introduzida na Constituição da República Uruguaia, uma vez que há previsão de apresentação do preso ao juiz competente e imparcial, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para a colheita do depoimento do custodiado.

Artículo 16.- En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales.¹⁸

Quanto ao Brasil, tal atribuição ficou no encargo do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que regulamentou e unificou a aplicabilidade da audiência de custódia por todo o território brasileiro com a edição da Resolução nº 213/2015, a qual fixou o prazo de 24 horas, a partir da comunicação do flagrante, para ocorrer o encaminhamento do preso ao juiz competente:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

A hermenêutica do artigo 1º, da Resolução nº 213 do CNJ é clara ao fixar a apresentação do preso ao juiz em 24 (vinte e quatro) horas contado a partir da comunicação do flagrante. Desta feita, considerando que o artigo 306, §1º, do Código de Processo Penal prevê que a autoridade policial deverá encaminhar apenas o auto de prisão em flagrante delito em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, parece razoável adotar o mesmo lapso temporal para a apresentação do preso à autoridade judicial.

Entretanto, a redação da resolução deixou brecha para o entendimento de que, no Brasil, existem dois prazos para a apresentação do preso ou detido, o prazo de 24 (vinte e

¹⁷ Artículo 118. (Detención).- Nadie puede ser preso sino en los casos de delito flagrante o habiendo elementos de convicción suficientes sobre su existencia, por orden escrita de Juez competente. En ambos casos el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de las veinticuatro horas (Artículos 15 y 16 de la Constitución de la República).

¹⁸ Artículo 16.- En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales.

quatro) horas para a apresentação daqueles que foram detidos através da decretação da prisão temporária, preventiva ou definitiva, já o prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas para aqueles que foram presos em flagrante, porquanto a Resolução prevê a apresentação do preso em até vinte e quatro horas a partir da comunicação do flagrante.

Em sentido contrário, interpretando de modo mais favorável ao detido e fixando o limite temporal em 24 horas, temos Caio Paiva, Mauro Fonseca Andrade, Aury Lopes.

Importante lembrar que o Comitê de Direitos Humanos da ONU considera razoável a apresentação do preso em 48 (quarenta e oito) horas, pois seria suficiente para proteção dos direitos do detido, sem comprometer a persecução penal¹⁹, dessa forma, a adoção do prazo de 48 horas é razoável e proporcional com a realidade brasileira, ainda que o nosso Código de Processo Penal, a CADH e a ONU silencie a respeito de um prazo máximo que se ajuste a expressão “sem demora”, a solução dada pelas jurisprudências das Cortes Internacionais ratificam o direito fundamental do detido de ter uma apresentação imediata.

Nada obsta, portanto, que a autoridade policial encaminhe o preso à presença de uma autoridade judiciária no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, consolidando de maneira mais eficaz o direito fundamental do preso de levar a questão de sua prisão ao conhecimento da autoridade judiciária que legalmente tenha competência para exercer a função de controle.

De todo modo, caberá, em primeiro plano, a própria autoridade policial, logo após lavrar a prisão em flagrante e diante de suposta violação dos direitos fundamentais do preso, determinar a adoção de medidas necessárias não só para preservar a integridade do custodiado, mas também para apurar a responsabilidade pelas eventuais violações apontadas.

A fixação de um prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas para a apresentação do custodiado se mostra proporcional e razoável, estando em conformidade com o

¹⁹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad. In Derecho Penal Europeo Jurisprudencia del TEDH. Sistema Penales Europeos. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, n155-2009, 2010 *apud* Magnum Roberto Cardoso. Audiência de custódia e a expressão “sem demora”. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-e-a-expressao-sem-demora-por-magnum-roberto-cardoso-2/#_ftn10. Acesso em: outubro de 2016.

entendimento das Cortes Internacionais de Direitos Humanos e com a dura realidade enfrentada na frágil estrutura de política criminal brasileira.

1.4 A (im) parcialidade do juiz que preside a audiência de custódia

Através do contrato social o povo renunciou ao estado de natureza e outorgou ao Estado o poder de gerência da sociedade civil, com o ônus de proteger a propriedade, a liberdade e de promover a paz social por meio da justa solução dos conflitos de interesses que surgem sob a égide de sua jurisdição. Na visão de ROUSSEAU (2011, p. 59) “já que nenhum homem tem uma autoridade natural sobre seu semelhante e já que a força não produz nenhum direito, restam, pois as Convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens”.

Os governos ocidentais eram predominantemente absolutistas, administrados de acordo com a vontade soberana do rei e, costumeiramente, arraigados de ideologias religiosas, donde prevalecia abusos e arbitrariedades com a liberdade, propriedade e a vida dos governados que lhe pareciam contrários aos seus posicionamentos. No entanto, essa forma de gerir o Estado, entre os séculos XVI e XVIII, não satisfazia mais o povo, em especial a população burguesa que era a principal força motriz da economia e bancava os luxos e arbitrariedades do governo medieval sem a contrapartida correspondente.

Nessa época de transição entre a era medieval e moderna, um volume extraordinário de transformações estabeleceu uma nova percepção de mundo, explodindo ideias liberais defensoras da divisão do poder político e da ampliação dos meios de intervenção política que influenciaram a revolução inglesa (1640-1688), independência dos Estados Unidos (1776), revolução francesa (1789), e desempenharam um papel fundamental para o controle e limitação dos poderes estatais.

Com o advento do liberalismo e o pensamento iluminista, vários filósofos buscavam a racionalização do direito e a limitação do poder monárquico, dentre eles se destacaram os jusnaturalistas Thomas Hobbes (1588-1679), Barão de Montesquieu (1689-1755) e Jean Jacques Rosseau (1712-1778), que com base no direito natural racional,

defendiam a divisão de poderes²⁰, em especial, destaca-se Montesquieu com o sistema de freios e contrapesos entre as funções legislativas, executivas e judiciárias, visando o controle de um poder sobre o outro de forma harmônica e independente entre si.

Como explica BARROSO (2015, p. 263), na passagem do regime absolutista para o Estado liberal, o direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria-prima das revoluções francesas e americana. Começa as eras das codificações, inaugurada pelo Código Napoleônico, de 1804, que espelha a pretensão racionalista da época. Tratava de uma era em que o Poder Legislativo exercia uma grande importância dentro do Estado, já que estava se vivendo sobre a égide do estrito positivismo, onde tudo dependia da lei.

O Poder Judiciário era pouco atuante nessa época, pois o julgador era visto como mero aplicador das leis, sem qualquer espaço para interpretação dos atos normativos e aplicação da verdadeira justiça, já que a legitimidade consistia somente em aplicar a lei ao caso concreto, como mandava a escola tradicional da exegese, de acordo com LEAL (2007, p. 24-25):

Outro não era o fundamento inspirador da escola de exegese, segundo o qual o juiz aparece proibido de interpretar a lei, cabendo-lhe tão-somente a tarefa de aplicar a norma geral ao caso concreto (subsunção). Trata-se, portanto, de um verdadeiro silogismo lógico, descabendo ao magistrado qualquer atividade criativa. Com efeito, este ideal de plenitude e de suficiência da lei não deixa abertura para a interpretação, mas atende (numa perspectiva hermenêutica, isto é apenas uma ilusão), em contrapartida, aos ideais de certeza e de segurança jurídica tão caros à burguesia ascendente, que além de assumir o poder político e institucionalizá-lo na forma da lei, precisava assegurar e garantir o estrito cumprimento de seus conteúdos. Daí o caráter extremamente restrito, reservado à atividade judicial (interpretativa) neste período, que se apresenta absolutamente vinculada e submetida às deliberações do Legislativo.

Baseados, pois, na justa solução de conflitos de interesses e exercício de controle e proteção do povo contra abusos de atuação do Estado, era preciso que um poder independente e imparcial assumisse a atividade funcional e interpretativa das leis, eis que surge os atributos inerentes a atuação do Poder Judiciário, a independência e imparcialidade.

²⁰ O princípio da separação dos poderes foi consagrado por Montesquieu, com base na premissa de que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar crimes e as querelas entre os particulares”. (MONTESQUIEU, 2005, p. 168)

Para tornar possível e efetiva a imparcialidade do juiz, assegura-se a necessária independência judicial como forma de controle dos poderes públicos, possibilitando a atuação equidistante e desinteressada quanto ao resultado da solução do conflito, interpretando e aplicando a legislação, em consonância com os princípios constitucionais e fundamentando as suas decisões judiciais como pressuposto de validade.

A independência jurisdicional reside na separação orgânica entre a função jurisdicional e as demais funções estatais e a não subordinação e gerência dos outros Poderes da República no judiciário. PACELLI (2011a, p. 21) adverte que a jurisdição para que possa manifestar o seu poder deve se submeter ao direito enquanto verdadeira garantia de racionalidade e observância da liberdade.

A independência e a imparcialidade, portanto, são elementos inerentes à concepção da atuação do magistrado, caracterizando-se como garantias processuais fundamentais as partes e essenciais para a manutenção da estrutura do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, ilustra LOPES JR. (2014a, p. 136):

[...] A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial. Para concluir, a imparcialidade do órgão jurisdicional é o princípio supremo do processo e, quanto mais parciais forem o defensor e o acusador, mais garantida estará a imparcialidade do julgador.

A imparcialidade do julgador, assim, afigura-se como forma de garantir que a persecução estatal não saia dos trilhos definidos pela lei, conservando o tratamento igualitário entre as partes e o desprendimento do resultado a ser confirmado quando do julgamento. É dizer, a imparcialidade do magistrado pode ser compreendida como a ausência de interesse pessoal do juiz, enquanto indivíduo, na questão que lhe foi remetida para apreciação, na condição de agente do Estado.

Desta feita, fundamentar as decisões torna-se imperativo para se efetivar o exercício imparcial da atividade jurisdicional, isso porque nada adiantaria a garantia do exercício do contraditório e a ampla defesa, se ao juiz fosse dado o direito de condenar

alguém sem fundamentação. O dever de motivação das decisões judiciais decorre da legislação constitucional (CF/88, artigo 93) e legitima a atuação restritiva de direitos do poder estatal.

Em suma, o protecionismo das garantias processuais, como a imparcialidade do juiz, visa assegurar o justo processo, conferindo às partes litigantes igualdade de armas, direito de defesa e uma sentença justa e com vista a apaziguar o conflito instaurado, restaurando a paz e o equilíbrio social.

Ao se debruçar sobre a questão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante CIDH, no julgamento do caso *Palamara Iribarne vs. Chile*²¹, Sentença publicada em 22 de novembro de 2005, entendeu que a composição dos tribunais militares chilenos não demonstravam uma jurisdição independente e imparcial.

Neste caso, a CIDH revelou o que entende por imparcialidade e independência do julgador:

146. A imparcialidade do tribunal implica dizer que os seus membros não têm interesse direto, uma tomada de posição, uma preferência por qualquer uma das partes e que não sejam envolvidas na disputa. 147. O juiz ou tribunal deve ser separado a partir de uma causa sob a seu conhecimento quando há alguma razão ou dúvida entrar desmedro a integridade do tribunal como um órgão imparcial. A fim de salvaguardar o anúncio ministração da justiça devem assegurar que o juiz é livre de quaisquer preconceitos e que não há receio de que põe em causa a exercício de um trabalho jurisdicional.²²

Segundo ANDRADE e ALFLEN (2016d, p. 75) o fato de o juiz já ter se manifestado em determinada causa, poderá comprometer a sua imparcialidade na tomada de decisões na audiência de custódia, ao concluir o seguinte:

[...] não nos parece estar revestido da necessária imparcialidade o juiz que houver autorizado uma interceptação telefônica na fase de investigação, e esta mesma interceptação vier a ter sua legalidade questionada na

²¹COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Palamara Iribarne vs. Chile* Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf]. Acesso em: outubro de 2016.

²² Texto original: 146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. 147. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

audiência de custódia por parte da defesa do investigado, à hora de sustentar que a prisão foi ilegal em razão de alguma mácula nela existente.

Complementa o seu raciocínio com base no julgamento da CIDH, no caso *Escher e outros vs. Brasil*, em que o Estado Brasileiro foi condenado em razão de autorização de interceptação telefônica ilegal, com o aval da justiça, e porque o juiz que deferiu a escuta arbitrária foi o mesmo a atuar no processo de conhecimento, atuando o magistrado na fase investigativa e instrutória.

No mesmo caminho, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH se manifesta no sentido de que o juiz que pratica atos decisórios na fase investigativa, como é o caso da audiência de custódia, tem a sua imparcialidade comprometida para prosseguir no julgamento do réu na fase processual, de acordo com o precedente do caso *De Cuber vs. Bélgica* de 26 de outubro de 1984.

Em sentido contrário pensa PAIVA (2017a, p. 121), que sustenta o não impedimento do juiz que presidiu a audiência de custódia para prosseguir com a competência para julgar eventual ação penal sobre o caso, sob o argumento de que não há comprometimento da imparcialidade do juiz que conheceu do caso na audiência de apresentação.

No Brasil, a legislação processual penal permite a participação do mesmo juiz em todas as fases da persecução criminal, inclusive lhe concedendo o poder de instrução no sentido de produzir provas de ofício (sem requerimento das partes) antes mesmo de iniciada a ação penal, na forma do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal²³.

Conquanto tramita no Senado Federal proposta de lei para a reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, PLS nº 156/09, que prevê a figura do juiz das garantias, sanando o erro histórico, trazendo a presunção de parcialidade do julgador que atua na fase investigatória e na audiência de custódia de acordo com o disposto no artigo 16²⁴.

Na audiência de custódia a pessoa presa, detida ou retida é apresentada ao juiz

²³ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

²⁴ Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.

para que este possa exercer o controle sobre a legalidade e necessidade da prisão, e também verificar o respeito à integridade física e apurar indícios de maus tratos ou tortura possivelmente existentes na persecução penal estatal.

Para que isto ocorra, o juiz promove uma espécie de interrogatório do acusado na audiência de custódia, hipótese em que, o contato pessoal entre juiz e o custodiado traça um novo panorama à análise das circunstâncias que envolvem a prisão, a necessidade da manutenção da cautelar de segregação da liberdade ou a aplicação de outras medidas cautelares diversas.

Ou seja, quando a realização da audiência de custódia, o julgador conhece da causa, podendo autorizar com base nos fatos e provas colhidas a quebra de algum direito fundamental (sigilo telefônico, violação de domicílio) ao mesmo tempo que avaliará a legalidade da prisão em flagrante e eventual decreto de prisão preventiva do sujeito flagrantado.

A despeito da ausência de previsão legal, conectado aos pactos internacionais de direitos humanos, o conhecimento prévio da causa pelo juiz que presidiu a audiência de custódia – que realizou a oitiva do custodiado e determinou possíveis restrições de liberdade e de outros direitos – nos leva a compreensão da perda de sua imparcialidade, assegurando-se, assim, a equidistância necessária para a manutenção da imparcialidade do julgador.

1.5 Os limites na oitiva do preso e o valor probatório do depoimento colhido

A apresentação imediata do preso perante um juiz imparcial e independente é marcada por uma entrevista da pessoa presa, detida ou retida presidida pela autoridade judicial, acompanhado obrigatoriamente pelo órgão persecutório do Estado (Ministério Público) e da indispensável presença da defesa técnica (Advogado ou Defensor Público).

No Brasil, a dinâmica procedimental da audiência de custódia encontra amparo na Resolução nº 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, uma vez que os textos internacionais e a legislação interna restam omissos como se deve proceder na apresentação

do preso.

Na perspectiva de PAIVA (2017b, p.133-138), no referido ato normativo, o juiz adverte o preso sobre seu direito de permanecer em silêncio, esclarece o que é a audiência de custódia, concede a palavra ao ministério público e ao advogado (ou defensor público) para requerimentos e indagações, e se dirige ao preso com perguntas que julgue necessárias para o controle sobre a legalidade e necessidade da manutenção prisão, bem como verifica o respeito à integridade física do preso pelos agentes estatais ou a existência de indícios de maus tratos ou tortura.

Um debate fundamental com a apresentação do preso ao juiz é se existem ou não limites à oitiva do custodiado. O juiz e as partes podem fazer qualquer pergunta ao preso? Quais perguntas podem ser feitas e quais são vedadas? O depoimento colhido pode ser utilizado como prova numa eventual ação penal a ser proposta ou em curso? Qual o limite da cognição na audiência de custódia?

O interrogatório propriamente dito e compreendido como ato processual é, segundo MOUGENOT (2010a, p. 375), a oportunidade processual dada ao acusado de responder as perguntas dos fatos que lhe são imputados, esclarecendo dúvidas que parem no processo ou, querendo, exercendo o direito de silêncio. Define o autor que “o interrogatório é ato público, personalíssimo e oral [...]”.

AVENA (2011a, p. 305-308) preconiza que o interrogatório é corolário da ampla defesa e do contraditório, devendo ser conduzido sempre com a presença de defensor, sob pena de nulidade. Conduzida pelo juiz no qual é perguntado ao acusado sobre as suas circunstâncias pessoais e sobre o fato a ele imputado.

Aspecto de importância a ser mencionado é que, nos termos do artigo 186 do Código de Processo Penal, antes de iniciar o interrogatório, o juiz deve advertir o acusado de seu direito de permanecer calado, sendo que tal silêncio não pode ser interpretado em prejuízo de sua defesa, pois a máxima garantista preconiza *nemo tenetur se detegere*²⁵.

Tal garantia decorre do direito fundamental do acusado de não produzir prova contra si mesmo, corolário da vedação a autoincriminação e da presunção de inocência, em

²⁵ O direito de não produzir prova contra si mesmo

conformidade com o artigo 8º, 2, “g”, do Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 e artigo 14, 3, “g” do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, de 19 de dezembro de 1966, ambos já internalizados em nosso ordenamento jurídico, por força, respectivamente, do Decreto nº 678/1992 e do Decreto nº 592/1992.

Neste sentido, FERRAJOLI (2010a, p. 485-486) entende que o interrogatório do acusado é onde melhor se manifestam as diferenças entre o sistema inquisitivo e o acusatório, pois era no interrogatório que se iniciava a guerra forense e o primeiro ataque do órgão responsável pela persecução penal do Estado:

[...] o interrogatório do imputado representava ‘o início da guerra forense’, isto é, ‘o primeiro ataque’ do Ministério Público contra o réu de modo a obter dele, por qualquer meio, a confissão. Daí não só o uso da tortura ‘ad veritatem erendam’, mas, também, a recomendação do juiz para não contestar nem o título do crime atribuído ao inquirido, nem sua qualidade e suas circunstâncias específicas e tampouco os indícios precedentemente colhidos. Daí, em geral, a elaboração de uma sofisticada ‘ars interrogandi et examinandi reos’ e de uma densa série sádicas de deslealdade informadas [...]

Contudo, complementa o autor, que o avanço do modelo garantista trouxe uma nova roupagem a concepção do interrogatório, de modo que se tornou ato processual essencial e direito fundamental do acusado porquanto eficaz e oportuno para o exercício da autodefesa:

Ao contrário, no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. *Nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês.

Daí a compreensão de que o princípio da ampla defesa previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal engloba não somente a defesa técnica, exercida pelo profissional do direito devidamente habilitado, como também a denominada autodefesa, esta exercida pelo próprio acusado quando, por exemplo, depõe pessoal e livremente no interrogatório exercendo o seu direito de audiência e presença.

No que diz respeito ao momento mais adequado para a oitiva do acusado, a doutrina, pautada no exercício pleno da ampla defesa, entende que o interrogatório deve ser

o último ato da instrução criminal, uma vez que já encerrada a produção de provas o réu estaria mais confortável a exercer o seu direito ao silêncio, ou então a de esclarecer com mais aptidão os fatos que lhe são imputados.

No Brasil, em meados do ano de 2008, a Lei nº 11.719/08 alterou o Código de Processo Penal, prevendo, dentre tantas outras modificações, que o interrogatório do acusado passasse a ser o último ato processual da audiência de instrução, fortalecendo a ideia mais favorável ao réu, garantindo além de mais um meio de prova, o direito ao contraditório e à ampla defesa. NUCCI (2011, p. 423) aponta que “atualmente, com a alteração de vários procedimentos, inseriu-se o interrogatório como último ato da instrução, na mesma audiência em que se colhe, em tese, toda a prova (arts. 400, 411 e 531, CPP)”.

Observa-se, portanto, o paradoxo estabelecido entre a oitiva do custodiado realizada pelo juiz na audiência de custódia e o interrogatório como meio de prova e defesa do acusado no processo realizado no último ato da instrução probatória do processo criminal.

Conforme ressalta PAIVA (2017c, p. 113) a jurisprudência internacional sobre direitos humanos ainda não se posicionou, tampouco os Tribunais pátrios, a respeito dos limites à oitiva do custodiado, e principalmente na análise do valor probatório dos atos formalizados na apresentação do preso imediatamente ao juiz, estabelecendo apenas que o depoimento do preso ao juízo na audiência de custódia deve se pautar pela presunção de inocência e garantir a ampla defesa, contraditório efetivo, direito ao silêncio e o devido processo legal, como prescrevem o artigo 8, item 2 da CADH e artigo 14 do PIDCP.

Em relação à atividade judicial e os limites na oitiva do preso ao juiz, a despeito de previsão legal interna ou externa, o CNJ, ao regular o processamento da audiência de apresentação no Brasil, editou a Resolução nº 213/15 que proibiu o direito de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal, expressando em seu artigo 8º, VIII que o juiz deve “abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante”.

A doutrina, em sua parte majoritária, não diverge do pensamento que os atos formalizados na audiência de custódia não devem ser aproveitados para a investigação

criminal, tampouco a ação penal, sob o pretexto de que a apresentação imediata do preso ao juiz não pode se transformar numa colheita antecipada de provas e cognição do mérito, especialmente pelo desvio da finalidade que se propõe numa conjuntura de democratização do processo.

Desta feita, defende a existência de limites à oitiva do custodiado, estabelecendo que o objeto das perguntas deva se restringir ao necessário para que o juiz decida a respeito da prisão e liberdade e a verificação de tortura ou maus-tratos, evitando-se assim, a antecipação do interrogatório, bem como a vedação à utilização posterior das declarações do preso e outras provas que porventura se produzam na audiência de apresentação.

Nesse sentido, VASCONCELLOS (2016) aduz que:

[...] a oitiva do preso realizada em audiência de custódia não pode ser utilizada como prova para eventual condenação, caracterizando-se uma regra de exclusão probatória, pois: 1) isso desvirtuaria a finalidade da audiência de custódia, causando uma completa inversão em sua essência; 2) haveria violação ao contraditório e ao direito de defesa, pois se inverteria a ordem dos atos acusatórios e defensivos, já que o imputado se manifestaria antes do estabelecimento da denúncia e da delimitação da imputação; 3) isso violaria a sistemática adotada pela reforma de 2008, que deslocou adequadamente o interrogatório para o final do procedimento, em prol do contraditório e da ampla defesa; e 4) possibilitar-se-iam indevidos espaços para manifestações de arbitrariedades e ilegítimas negociações, visando à obtenção de condenações antecipadas por meio de barganhas, incompatíveis com o processo penal de um Estado Democrático de Direito.

Do lado oposto, existe entendimento, embora minoritário, que considera inviável a criação de qualquer vedação probatória ou de imposição de limites na oitiva do custodiado quando da realização da audiência de custódia, sob o fundamento da judicialização do ato formal com a observância das garantias e direitos fundamentais relativos à prova e autodefesa tendo em vista o custodiado estar assistido por advogado ou defensor público.

A propósito, leciona ANDRADE e ALFLEN (2016d, p. 138-140):

Em síntese, quando judicializado, o auto de prisão em flagrante adquire natureza processual, ambiente onde se manifesta o princípio do contraditório. Logo, não há como negar sua incidência quando da oitiva judicial do sujeito privado em sua liberdade, especificadamente, autorizando-se tanto o Ministério Público como a defesa a formularem perguntas após a inquirição realizada pelo juiz.

Vão além ao dizer que “[...] se não há infringência a qualquer norma constitucional ou legal que, ao natural, impeça a utilização daquela oitiva (na audiência de custódia) na segunda fase da persecução penal [...]”. Da mesma forma, PAIVA (2017d, p. 114) alimenta a possibilidade de utilização do depoimento colhido na audiência de custódia ao defender que as declarações são provisórias ao estado de flagrância ou prisão e estão sujeitas a ratificação ou retificação quando a realização da instrução processual.

O mesmo autor tece crítica, por outro lado, ao argumento de vedação preconizado na Resolução nº 213/15²⁶, porquanto o sistema processual brasileiro admite, ainda que timidamente, em seu artigo 156 do Código de Processo Penal - CPP a utilização de provas e depoimentos colhidos na fase de investigação preliminar, onde nem sempre (raras às vezes) é possibilitado ao indiciado o acompanhamento de advogado na produção de provas pela autoridade policial.

O artigo 156 do CPP demonstra os resquícios do sistema inquisitivo no ordenamento jurídico brasileiro, pois consagra a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício, além de utilizar provas e documentos exclusivamente colhidos na investigação preliminar, sem a oportunidade do exercício do contraditório e a ampla defesa, para fundamentar a sentença penal condenatória. Tal dispositivo permanece em plena vigência embora a evidente incompatibilidade com o sistema acusatório. O sistema acusatório tem como principal característica a separação das funções de acusar, defender e julgar entre diferentes sujeitos. Encontra-se em igualdade de posições a acusação e a defesa, sendo que com relação a ambas se sobrepõe o juiz, devendo ser ele imparcial e não substituir o órgão acusador em busca de elementos para fundamentar a ação penal.

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe implantou a Audiência de Custódia pela Instrução Normativa nº 11/2015, anterior a Resolução editada pelo CNJ, prevendo a limitação ao tipo de pergunta a ser realizado à análise dos requisitos e dos pressupostos da prisão cautelar, vedando, expressamente, as perguntas que antecipem a instrução probatória de eventual processo de conhecimento.

Conclui-se, pois, que devem existir limites à oitiva do preso na audiência de custódia, devendo as perguntas dirigidas ao custodiado ser limitadas para tão somente as necessárias para que o juiz decida a respeito da prisão e liberdade e o depoimento colhido do

²⁶ Resolução editada pelo CNJ que regulou a realização da audiência de custódia no Brasil.

custodiado não deve acompanhar a eventual ação penal que porventura venha a ser proposta, evitando-se, assim, a antecipação do interrogatório e a instrução probatória do processo, na forma como interpretado o ordenamento jurídico internacional e interno pela doutrina majoritária que discute o assunto.

1.6 Audiência de custódia à brasileira

O fato de o Brasil haver ratificado as diretrizes estabelecidas na CADH há mais de 25 (vinte e cinco) anos, vigendo no ordenamento jurídico como lei a partir de então, conforme a disposição do Decreto nº 678/1992. Todavia, embora seja antiga a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, as disposições contidas na Convenção eram desconhecidas e pouco eficazes, principalmente pela falta de publicidade e interesse político governamental e dos Tribunais Pátrios.

O artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal prevê a possibilidade de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serem equivalentes a emenda constitucional, diante disso, o Brasil, que é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, concordou com art. 7º, inciso 5, do citado pacto, o qual define o direito de apresentação de toda pessoa presa, detida ou retida à presença física de um juiz.

Destaca-se que o referido diploma internacional foi o ponto chave no questionamento da constitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988²⁷, lastreando a decisão do Supremo Tribunal Federal que se consubstanciou na Súmula Vinculante nº 25²⁸, que declarou ilegal o aprisionamento do depositário infiel. No tocante ao direito de apresentação do preso a uma autoridade judicial logo após a sua prisão, entretanto, nada era questionado aos Tribunais, tampouco cobrado a sua implantação e efetivação pelas políticas públicas do Poder Executivo federal e estadual.

²⁷Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXVII, “não haverá prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

²⁸ Súmula Vinculante nº 25 - É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Talvez porque vigorava o entendimento de que o Brasil, antes mesmo de se tornar signatário do Pacto de São Jose da Costa Rica, já previa em seu artigo 5º, inciso LXII da Constituição Federal de 1988, que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontrasse deveriam ser comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

Por se tratar de norma programática, o Código de Processo Penal passou a regulamentar o citado dispositivo determinando que a autoridade policial comunique ao Poder Judiciário, ao ministério público e a defensoria pública, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a prisão em flagrante e o local onde o preso se encontra recolhido, na forma do artigo 306, §1º do Código de Processo Penal. A par disso, acreditava-se que havia a apresentação do preso a autoridade judicial, cumprindo, dessa forma, o mandamento constitucional e legal do direito de apresentação do custodiado.

Contudo, o fato de ser levado a conhecimento do Juiz, de membro do ministério público e da defensoria pública, a respeito da prisão em flagrante de uma pessoa, não impedia, evidentemente, que o cidadão fosse submetido a eventual prática de tortura ou maus tratos, bem como não havia possibilidade de ouvida do suspeito da prática do delito no início da persecução penal do Estado. A CIDH, inclusive, quando o julgamento do Acosta Calderón vs. Equador, Sentença de 24 de junho de 2005, se manifestou no sentido de que a mera comunicação da prisão ao juiz é insuficiente para a observância das garantias do custodiado, ratificando o dever da apresentação pessoal para a concretude do direito.

Sendo assim, como a cultura jurídica não encampou a ideia de apresentação do custodiado a presença física do juiz, numa forma de preservar o cumprimento das garantias constitucionais, caminha a passos curtos no Poder Legislativo projetos de lei que visam a implantação da audiência de custódia no país. Nesse sentido, convém destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, dando a seguinte redação ao artigo 306, §1º do Código de Processo Penal:

[...] § 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão,

em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310, § 3º. A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. § 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. § 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Outrossim, merece também destaque o Projeto de Lei nº 156, de 2009²⁹, em tramitação no Senado Federal que prevê a figura do Juiz das Garantias. De acordo com o texto projetado seria ele o “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”.³⁰

A realidade, no entanto, não espera os burocráticos trâmites legislativos que visam reformar o processo penal, deflagrando uma verdadeira crise no sistema prisional brasileiro, devido a crescente população carcerária de presos provisórios e a falta de estrutura física e humana para efetivação de tratamento digno aos custodiados, segundo dados apresentados pelo Infopen³¹, no ano de 2014, cerca de 41% da população carcerária estariam recolhidas provisoriamente, ocupando o Brasil o quarto lugar entre os países com o maior contingente de pessoas presas. Sendo que, no período entre os anos de 1990 e 2013, a população carcerária no Brasil cresceu 507%, sendo a segunda maior taxa de crescimento prisional do mundo.

Com o intuito de combater as violações de direitos humanos relacionados ao tratamento desumano aplicado aos presos e ao crescente número de pessoas presas provisoriamente, tornou-se realidade no Brasil a realização da audiência de custódia, com a apresentação pessoal do preso perante ao juiz. O primeiro passo foi o incentivo dado pelo

²⁹ Projeto do novo Código de Processo Penal.

³⁰ Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

³¹ Vide anexo: Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, Departamento de Monitoramento e fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF

Conselho Nacional de Justiça à realização de audiência de custódia, tendo como projeto piloto o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que editou o Provimento Conjunto nº 3/2015, obrigando os delegados de polícia a apresentarem as pessoas detidas em flagrante em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, para audiência de custódia. Esse provimento fora questionado no Supremo Tribunal Federal pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 5240, tendo sido declarada constitucional pela Suprema Corte.

Logo adiante, a audiência de custódia tornou-se protagonista na discussão do judiciário brasileiro principalmente após o julgamento da ADPF nº 347 pelo Supremo Tribunal Federal que, em medida cautelar, garantiu que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida à presença física de um juiz, baseando a Suprema Corte no que dispõe o artigo 7º, item 5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), promulgada por meio do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992, a qual considerou a omissão do Estado de introduzir a efetividade de tal direito e, por isso, imperou o controle externo do Poder Judiciário para que houvesse o cumprimento da norma.

Como forma de padronizar a sua aplicação, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 213, em 15.12.2015, determinando que todos os Tribunais do Brasil implementassem no prazo de 90 (noventa) dias, a contar de primeiro de fevereiro do corrente ano de 2016, em todo o território nacional, a audiência de custódia.

A princípio, houve uma resistência muito forte por parte dos operadores do direito na implantação da audiência de custódia pelos mais diversos motivos, nesse sentido criticava ANDRADE MOREIRA (2016), por exemplo, a falta de estrutura humana e material para efetivação do que fora determinado pelas resoluções, bem como pela incompetência do Poder Judiciário para promover tal política pública, em razão do princípio da reserva legal que impõe a competência para legislar sobre processo ao Congresso Nacional (CF, artigo 22, I)³².

Por não ter sido a matéria vinculada por intermédio de ato normativo, os aplicadores do direito passaram também a questionar a força da referida Resolução,

³² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

alegando a inconstitucionalidade desta, por estar o órgão emitente usurpando a função privativa do Congresso Nacional para legislar sobre matéria de direito processual penal (ADI 5448-ANAMAGES), sendo negado provimento, em 02.02.2016, pelo relator o Ministro Dias Toffoli da Suprema Corte Constitucional, por entender que a entidade ingressante não possuía legitimidade ativa, em razão de representar apenas uma parcela dos magistrados. Da decisão fora interposto agravo regimental em 15.02.2016, ainda pendente de julgamento.

Em verdade, o papel ativo da Suprema Corte foi fundamental para a implantação da audiência de custódia no sistema penal brasileiro, tendo como objetivo, entretanto, não só preservar as garantias constitucionais dos custodiados, mas, principalmente, como se a apresentação do preso fosse política pública capaz de desafogar o inchado sistema carcerário.

Destaca-se que a história da legislação processual penal brasileira nos reservou uma curiosa previsão de uma espécie de audiência de apresentação no Código Criminal de 1832, publicado sob a égide de D. Pedro II, a qual determinava a apresentação pessoal do preso a presença do juiz, a fim de ser interrogado sobre os fatos que lhe eram imputados:

Art. 131. Qualquer pessoa do povo póde, e os Officiaes de Justiça são obrigados a prender, e levar á presença do Juiz de Paz do Districto, a qualquer que fôr encontrado commettendo algum delicto, ou emquanto foge perseguido pelo clamor publico. Os que assim forem presos entender-se-hão presos em flagrante delicto.

Art. 132. Logo que um criminoso preso em flagrante fôr á presença do Juiz, será interrogado sobre as arguições que lhe fazem o conductor, e as testemunhas, que o acompanharem; do que se lavrará termo por todos assignado.

Art. 133. Resultando do interrogatorio suspeita contra o conduzido, o Juiz o mandará pôr em custodia em qualquer lugar seguro, que para isso designar; excepto o caso de se poder livrar solto, ou admittir fiança, e elle a dêr; e procederá na formação da culpa, observando o que está disposto a este respeito no Capitulo seguinte.

Certo que a hermenêutica normativa não se destinava a proteção do indivíduo na concepção moderna de proteção da dignidade humana e os direitos fundamentais do contraditório e a ampla defesa, mas representava a apresentação do preso a uma autoridade judicial em meados do ano de 1832.

Por todo o exposto, em que pese às polêmicas na forma de aplicação e dos reflexos que a audiência de custódia pode trazer para o sistema criminal brasileiro e os seus objetivos, não há dúvidas de que a apresentação do preso em flagrante diretamente ao juiz, acompanhado do advogado (defensor público) e promotor de justiça, constitui grande avanço na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente porque homenageia o contraditório antes mesmo da instauração da ação penal.

CAPÍTULO 2 – O INQUÉRITO

2.1 Considerações preliminares

A apresentação do preso em flagrante diretamente ao juiz, acompanhado do advogado (particular ou defensor público) e na presença do promotor de justiça, constitui o respeito aos direitos fundamentais do homem garantidos no Pacto de San José da Costa Rica, uma vez que homenageia o contraditório antes mesmo da instauração da ação penal e consagra importantes princípios constitucionais que norteiam todo ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se, especialmente, o devido processo legal, a não culpabilidade, o juízo natural, a imparcialidade do julgador e a liberdade.

A apresentação do preso ao juiz, dessa forma, visa o exercício dos direitos constitucionalmente garantidos, de modo a propulsionar a possível e necessária constitucionalização da fase pré-processual, ou então, a sua extinção na forma como atualmente concebemos.

Ocorre que, logo depois da efetividade garantista da proteção humana da persecução penal do Estado, com a realização da audiência de custódia, instaurar-se-á ou dar-se-á seguimento a investigação preliminar visando guarnecer elementos para formação do *opinio delicti* do Ministério Público, tal como instrumentalizar eventual propositura da ação penal.

Porém, a contrassenso da evolução do direito e do próprio processo criminal, o inquérito permanece com características inquisitoriais, na medida em que não oportuniza o efetivo contraditório em sua elaboração, tem caráter sigiloso, além de seus atos estarem reunidos a uma única autoridade.

Esse capítulo, assim, problematiza os aspectos da investigação policial preliminar, ou inquérito policial, investigando as principais características e modelos do procedimento persecutório às raias da legitimidade exigida no Estado Democrático de Direito, ainda constrói reflexões acerca do valor probatório das peças colhidas na

investigação, do órgão encarregado de realizar a investigação, e, por fim, sobre qual seria o sistema processual preliminar ideal à luz da Constituição Federal de 1988, respeitando os direitos essenciais do homem sem o prejuízo da atividade persecutória do Estado.

A persecução penal serve para apuração dos fatos que supostamente constituem crimes a quem provavelmente transgrediu a norma jurídica, como forma de limitação de poder e prevenção de ilegalidades. Além disso, em virtude do fundamento garantista que lhe cerca, serve também para evitar acusações infundadas e arbitrariedades, eis a máxima do direito *nulla poena sine iudicio*³³.

Nas palavras de TOURINHO FILHO (2012a, p. 34) a persecução penal assim funciona:

[...] quando alguém comete uma infração penal, o Estado, como titular do direito de punir, impossibilitado, pelas razões expostas, de autoexecutar seu direito, vai a juízo (tal qual o particular que teve seu interesse atingido pelo comportamento ilícito de outrem) por meio do órgão próprio [...] e deduz sua pretensão. O Juiz, então, procura ouvir o pretense culpado. Colhe as provas que lhe foram apresentadas por ambas as partes [...], recebe as suas razões e, após estudo do material de cognição recolhido, procura ver se prevaleceu o interesse do Estado em punir o culpado, ou se o interesse do réu, em não sofrer restrição no seu jus libertatis. Em suma: o Juiz dirá qual dos dois tem razão. Se o Estado aplica a *sanctio juris* ao culpado. Se o réu, absolve-o. Isso é processo.

Na maioria dos Estados, a persecução penal orienta-se em três rumos: a investigação preliminar (procura fornecer elementos para ação penal), a ação penal (busca apurar os fatos para que seja construída uma sentença justa), e a execução penal (a satisfação do poder estatal). Desta feita, analisando especificadamente a fase da investigação preliminar, mister ressaltar, de imediato, que ela não objetiva a comprovação dos elementos da autoria e materialidade do delito praticado, mas, sim, justificar a instauração do processo ou não.

A deflagração de uma ação penal, por si só, implica inúmeras consequências maléficas para a vida e honra de quem está sendo acusado, que, passa a ser considerado culpado pela sociedade que lhe rodeia, apesar da inexistência de condenação judicial. Ou seja, criando um verdadeiro e irretratável estigma social.

³³ Nenhuma pena será imposta sem observância do processo judicial.

A investigação preliminar, neste raciocínio, atua como filtro da ação penal, recolhendo e selecionando indícios, demonstrando a *justa causa* que autoriza a propositura da respectiva ação penal, observando, todavia, que a finalidade do instituto é a proteção da pessoa indiciada, motivo pelo qual deve evitar acusações infundadas e processos criminais desnecessários. Eis a razão de ser conceituada como fase pré-processual.

Neste sentido, ensina LOPES JR. (2015a, p. 115-116) que:

A investigação preliminar situa-se na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias etc. Constitui o conjunto de atividades concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.

Sendo assim, o inquérito é o ato ou efeito de inquirir, isto é, procurar informações sobre algo, portanto, enquadra-se a uma das várias espécies de investigação preliminar, servindo de instrumento para a verificação da autoria e materialidade de um fato penalmente típico ou, em outras palavras, uma transgressão material da lei penal praticada por alguém.

2.1.1 Principais características

O poder de punir do Estado não é só um direito, mas também uma obrigação, na medida em que é responsável em garantir a incolumidade física, o patrimônio das pessoas, além da proteção a economia popular, administração pública, meio ambiente e outros direitos transindividuais. Para tanto, ocorrendo um crime, nasce para o Estado o dever de perseguir os transgressores da norma jurídica. É o verdadeiro ônus do *jus puniendi*.³⁴

O princípio da oficiosidade é a legitimidade do Estado para que possa agir *ex officio* (sem qualquer provocação) ao tomar conhecimento da possível ocorrência de um

³⁴ Direito de punir

delito, sob o fundamento que a prática delituosa é considerada agressão a toda sociedade, motivo pelo qual prevalece o interesse público na solução dos conflitos, sobretudo porque está em jogo a estabilidade social que evidentemente é abalizada pela prática delituosa.

Fica evidenciado, dessa forma, que está vigente no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da oficiosidade, pois, a autoridade competente tem a obrigação de instaurar a investigação preliminar quando tomar conhecimento da prática de potencial delito de ação pública incondicionada, conforme determina o artigo 5º, inciso I, do Código de Processo Penal³⁵.

Mister ressaltar que quando deparar-se com crimes de ação pública condicionada e nas ações penais privadas, tal princípio não se aplica, dependendo para a instauração do inquérito a provocação ou requerimento da parte interessada nos exatos termos do artigo 5º, §5º do Código de Processo Penal.³⁶

Por outro lado, como a investigação preliminar destina-se a colher indícios de materialidade e autoria para fins de convencer o órgão acusador e justificar a propositura ou não da ação penal, os elementos de provas colhidos servem apenas para convencimento do órgão responsável para exercer a ação penal, a doutrina considera como peças meramente informativas, inclusive porque não possuem a força de servir como base para uma Sentença penal condenatória. Nas palavras de MOUGENOT (2010b, p. 138-139):

O inquérito policial tem caráter meramente informativo. Conquanto tenha por finalidade última possibilitar a punição daqueles que infringem a ordem penal, não se presta, em si mesmo, como instrumento punitivo, uma vez que não é idôneo a provocar manifestação jurisdicional. A pretensão punitiva pode apenas ser veiculada pela ação penal, que não pode ser exercida pela autoridade policial, como se viu.

Embora seja oficioso o procedimento do inquérito policial, estando o órgão acusador (no Brasil, o Ministério Público³⁷) convencido dos elementos de autoria e materialidade do delito, desnecessário se faz a abertura da investigação preliminar que, ao final, deve produzir o mesmo resultado.

³⁵ Artigo 5º – Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício;

³⁶ Artigo 5º [...] § 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

³⁷ Artigo 129, inciso I, da Constituição Federal

A dispensabilidade do inquérito policial se dá pelo fato que ele não é pressuposto para a propositura da ação penal, contudo, ao instaurar-se o inquérito policial não há mais como dispensá-lo, em vista torna-se indisponível, e por causa disso somente a autoridade judicial poderá arquivá-lo caso ele não seja mais necessário.

Os atos públicos devem primar pela publicidade, princípio que possibilita a ampla acessibilidade da sociedade sobre as mais diversas condutas do Estado. A publicidade é basilar no Estado Democrático de Direito, na medida em que a informação é poder. Isso não se discute. Conquanto, inexistem direitos absolutos, e como tal, não poderia aqui ser diferente, assim é permitido o sigilo do inquérito quando necessário para elucidação dos fatos e para atender as finalidades sociais, ou então quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos exatos termos do artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88 e artigo 20 do Código de Processo Penal.

Nestes casos, o sigilo é ato discricionário da autoridade competente, devendo, portanto, ser previamente justificado e produzem efeitos apenas as pessoas estranhas à investigação, uma vez que os sujeitos processuais (ministério público, juiz, indiciado, vítima) não haverá restrição alguma com relação aos atos documentados no procedimento investigatório.

Sobreleva notar que é prerrogativa do advogado o acesso amplo dos autos do inquérito, mesmo que conclusos com a autoridade, conforme disposto no artigo 7º, inciso XIV, da Lei nº 8.906/94.

A despeito disso, ainda existem os atos de investigação em que o sigilo é extremamente necessário para a eficácia da diligência, aqui, o segredo é absoluto e vinculado à lei, produzindo efeitos as partes, ao público em geral etc., não permitindo a ninguém o acesso das provas até que, pelo menos, se conclua o procedimento de investigação, a exemplo cito a interceptação telefônica preconizada pela Lei nº 9.296/96.

Registre-se que no sigilo absoluto a publicidade é postergada, permitindo ao investigado o acesso após a prova ser produzida, assim, amoldando o interesse público à garantia do efetivo exercício do direito de defesa, este foi o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal quando a edição da Súmula Vinculante nº 14:

Súmula Vinculante nº 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.³⁸

Por fim, o caráter sigiloso do inquérito policial também deve assegurar o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do investigado, nos termos do artigo 5º, inciso X, da CF/88.

Seguindo o raciocínio, o inquérito policial é um procedimento administrativo, meramente informativo, desenvolvido unilateralmente pela autoridade policial e destinado a fornecer elementos de indício de autoria e materialidade para fins de instrumentalizar a instauração do processo ou não.

Apesar de toda evolução dos sistemas processuais e a nova perspectiva constitucional desde 1988, permanece a investigação preliminar a ser um procedimento inquisitivo, pois, o Código de Processo Penal ainda confere certa discricionariedade à autoridade policial, bem como não é possibilitado o direito a ampla defesa e contraditório ao indiciado.

Quanto a este último, sustenta parcela da doutrina que não seria crível aplicar os princípios constitucionais do contraditório e a ampla defesa previsto no artigo 5º, inciso LV, da CF/88, sob o argumento que o legislador Constituinte quis, apenas, que fossem assegurados estes direitos fundamentais aos acusados em geral de processo administrativo ou judicial. Contudo, numa interpretação constitucional sistemática vislumbra-se que a restrição de tão importante direito não foi o objetivo da Constituição Federal, como será objeto de discussão no terceiro capítulo.

2.1.2 Sistemas processuais penais: do inquisitivo ao neoinquisitivo

³⁸BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 15/12/2015 às 15h45min

O processo é uma série ou sequência de atos conjugados que se realizam e se desenvolvem no tempo, destinando-se à aplicação da lei penal no caso concreto. Feita tal premissa, cuidou a doutrina em identificar três sistemas processuais penais.

O modelo inquisitivo, que surgiu do direito canônico, durante os tempos sombrios da Idade Média, e consistia em uma espécie de tribunal religioso (Tribunal do Santo Ofício) destinado à perseguição e condenação de todos aqueles que eram contra os dogmas pregados pela Igreja Católica, na forma como alumia o historiador VICENTINO (2010, p. 302):

A inquisição surgiu na Europa durante o período medieval com o objetivo de perseguir e condenar hereges. Foi oficializada em 1231, quando o Papa Gregório IX convocou uma comissão de dominicanos para apurar os casos de heresia e de bruxaria. [...] A tortura foi amplamente utilizada na inquisição desde o período medieval, juntamente com o confisco de bens, a exposição pública e, em casos mais graves em que não havia confissão e/ou arrependimento, a morte.

Partindo desses pressupostos, o sistema inquisitorial espalhou-se pelos Tribunais civis de toda a Europa (e em consequência os países por eles colonizados, a exemplo do Brasil)³⁹, tendo como principal característica a reunião em uma só pessoa (ou órgão) as funções de acusar, defender e julgar. No modelo inquisitorial, existe ampla discricionariedade para a produção de provas com o objetivo de atingir uma pretensa verdade real absoluta, admitindo-se, pois, quaisquer métodos e meios para a descoberta dessa verdade.

Explana LIMA (2011, p. 09):

[...] Dotado de amplos poderes instrutórios, o magistrado pode proceder a uma completa investigação do fato delituoso. No sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca a verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida.

Tal sistema é duramente criticado pela doutrina, visto que, a confusão de interesses reunidas em um só órgão, indubitavelmente, compromete a imparcialidade do julgador, e a defesa, a liberdade do acusado, refletindo, desse modo, na legitimidade do uso do poder estatal. Neste sentido, LOPES JR. (2001a, p. 67):

³⁹O sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-Colônia foi o mesmo que existia em Portugal, ou seja, as Ordenações Reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e, as Ordenações Filipinas.

A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando com órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva. O juiz é sujeito da relação processual, mas não é parte. Ademais de ser imparcial deve ser imparcial, pois na sua atuação deverá despojar-se de influências de caráter subjetivo que o impeçam de resolver com exatidão e justiça.

Inclusive, saliente-se que o modelo inquisitivo contrapõe ao axioma do garantismo penal da necessária distância do julgador da acusação, consubstanciado na máxima *nullum iudicium sine accusatione*⁴⁰. Sob esse prisma, explica FERRAJOLI (2010b, p. 464-465):

Chamarei equidistância ao afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; independência à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; naturalidade à determinação de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo. Esses três perfis da imparcialidade do juiz requerem garantias orgânicas que consistem do mesmo modo em separações: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências. E supérfluo acrescentar, por fim, que a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento.

Sem embargo, verifica-se que a figura do *juiz inquisitor* está em desconformidade com o postulado das garantias processuais, na medida em que é severamente questionada a sua imparcialidade diante da confusão existente entre o julgador e acusador.

O sistema acusatório, por sua vez, ao promover a separação das funções de acusar, defender e julgar, atribuindo um órgão diferente para cada atividade persecutória. O juiz somente julga, não participa na produção de provas nem defende o acusado⁴¹, bem como atua de forma desinteressada pelo resultado final do processo em julgamento.

Assim, a principal diferenciação do sistema inquisitório para o modelo acusatório, é que o julgador só age quando provocado (terceiro imparcial), ou seja,

⁴⁰Não há processo sem acusação.

⁴¹No sistema brasileiro, nada obsta do juiz defender os direitos individuais das pessoas, à guisa de exemplo poderá declarar a nulidades absolutas ou produzir provas *ex officio*, nas hipóteses do artigo 156 e 564 ambos do Código de Processo Penal.

mantém-se distante das funções de acusar e defender. Como aponta PACELLI (2011b, p. 09):

De modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual inquisitório do modelo acusatório pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o acusatório seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos. A par disso, outras características do modelo inquisitório, diante de sua inteira superação no tempo, ao menos em nosso ordenamento, não oferecem maior interesse, caso do processo verbal e em segredo, sem contraditório e sem direito de defesa, no qual o acusado era tratado como objeto do processo.

Ainda, com relação às provas, no sistema acusatório puro (ou ideal), não é possível a realização de provas pelo juiz, haja vista que contradiz com os seus postulados, embora haja entendimento diverso no sentido de que o princípio da verdade real admite tal medida em casos excepcionais. Encabeça esse posicionamento AVENA (2011b, p. 39), para quem o juiz possui o dever de apurar os fatos com o intuito de descobrir como estes efetivamente ocorreram.

Contudo, em verdade, esse entendimento coaduna-se ao conceito de sistema processo penal misto, o qual possibilita ao juiz o controle das provas em situações específicas previstas na lei, ao tempo que se destina a assegurar a imparcialidade do julgador porquanto o inquérito policial sendo um procedimento administrativo, meramente informativo, desenvolvido unilateralmente pela autoridade policial e destinado a fornecer elementos de indício de autoria e materialidade para fins de instrumentalizar a instauração do processo ou não.

A evolução do sistema processual brasileiro permite a conclusão de que a ordem constitucional adotou o sistema acusatório, à mercê de não conter na constituinte menção expressa neste sentido. Denota-se isto por causa do imenso zelo da Constituição Federal de 1988 com as garantias e liberdades individuais, visualizados pelos inúmeros princípios e direitos fundamentais expressos (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.).

O vigente Código de Processo Penal inaugurado em 1941, entretanto, ainda sob os sombrosos tempos do Estado Novo, possui grande afinidade ao sistema inquisitivo, que é evidentemente contrário às garantias fundamentais previstas no Texto Maior. É dizer,

apesar de a Constituição Federal estabelecer que o processo penal segue o sistema acusatório, ainda permanece o ranço da inquisitividade na persecução criminal.⁴²

Essa dicotomia de sistemas processuais segundo LOPES JR. (2001b, p. 181-182), perfaz-se com “a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter 'misto'”. O sistema misto⁴³ surgiu com o Código Napoleônico em 1808, e o seu modelo serviu como base para diversos países europeus, latinos, inclusive, depois de centenas de anos influenciou o modelo brasileiro.

Duras críticas são ditas a esse sistema, principalmente porque quando as provas produzidas no inquérito acompanham o processo, contaminam (mesmo que inconsciente) o pensamento do julgador. Neste sentido, novamente LOPES JR. (2001c, p. 186):

[...] Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial, disfarçada no discurso do 'cotejando', 'corroborar'[...] e outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição.

De igual modo, pondera NUCCI (2015, p. 158):

[...] O ideal seria coletar documentos e perícias urgentes, fazer oitivas informais e abreviadas, somente para formar, verdadeiramente, a convicção do representante do Ministério Público, encerrando-o, sem maiores delongas ou formalidades. O recebimento da denúncia, atualmente feito pela maioria dos juízes através da aposição de um simples carimbo ou despacho padronizado de cartório, demonstra que o conteúdo do inquérito não é tão relevante para dar início ao processo. Assim, com provas minimamente seguras, ainda que concisas e resumidas, sem que se tivesse produzido, à parte, um “processo paralelo”, teria início o autêntico sistema acusatório.

Sob a influência de tais aspectos, vê-se que o modelo atual adotado pelo sistema brasileiro é deveras ultrapassado, além de não se compatibilizar com a nova ordem constitucional estabelecida no sentido de democratizar as relações processuais.

⁴² Outros autores (a exemplo de TOURINHO), contudo, classifica o sistema brasileiro de acusatório, baseados que a fase investigatória, inquisitiva, não é propriamente processual, pois tem caráter administrativo.

⁴³ Aury Lopes prefere conceituar como sistema (neo) inquisitório por defender que no Brasil permanece o sistema inquisitivo e acusatório concomitantemente.

Portanto, a fase pré-processual brasileira precisa urgente da oxigenação constitucional a fim de implantar o contraditório e a ampla defesa em todas as fases da persecução criminal.

2.2 Valor probatório do inquérito policial

Assente que os elementos informativos do inquérito policial são colhidos sem qualquer preocupação da garantia fundamental do contraditório. Assim, conturbada é a discussão acerca do valor probatório do inquérito para sustentar uma sentença penal condenatória.

A prova tem como finalidade a reconstrução dos fatos alegados pela parte, em síntese, o ato de provar os fatos é a fórmula básica de convencimento do órgão julgador. Neste diapasão, estabelece o Código de Processo Penal em seu artigo 156 que “a prova da alegação incumbirá a quem fizer”. Sem embargo, existem diversas correntes doutrinárias defendendo ou não a utilização dos elementos do inquérito como prova para valorar a sentença penal condenatória, dentre elas, existe a corrente que sustenta que o inquérito policial vale até prova em contrário, estabelecendo uma presunção de veracidade do procedimento.

Todavia, não se presta tal posicionamento para o atual estágio de desenvolvimento democrático, até porque a incumbência de demonstrar a prática da autoria e materialidade do delito é do Estado, afinal, ninguém é considerado culpado senão após trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Por sua vez, filiados da corrente mais garantista argumentam que se o inquérito serve apenas para justificar a ação penal, de maneira alguma podem valorar uma sentença, pois a decisão judicial condenatória só poderá embasar os atos praticados no processo, com estrita observância das provas encobertas pelo manto do contraditório e ampla defesa. Neste sentido, LOPES JR. (2001d, p. 156-157) intervém:

[...] conclui-se facilmente que o IP somente gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas

das vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo. [...] Destarte, por não observar os incisos LIII, LIV, LV e LVI do art. 5º e o inciso IX do art. 93 da nossa Constituição, bem como o art. 8º da CADH, o inquérito policial jamais poderá gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação. [...] Não só não foram praticados ante o juiz, senão que simbolizam a inquisição do acusador, pois o contraditório é a apenas aparente e muitas das vezes absolutamente inexistente. Da mesma forma, a igualdade sequer é um ideal pretendido, muito pelo contrário, de todas as formas se busca acentuar a vantagem do acusador público.

Inclusive, o mesmo autor fundamenta que a melhor saída para o processo seria a exclusão física do inquérito dos autos da ação penal movida, sobretudo para garantir a imparcialidade do julgador, pois somente através do inquérito dos autos do processo evitaria a contaminação do juiz.

De outro modo, as jurisprudências dos Tribunais Superiores seguem a corrente admitida pela recente e criticada mudança do *caput* do art. 155 do Código de Processo Penal que possibilita o juiz fundamentar sua decisão com elementos colhidos no inquérito, desde que corroboradas com as produzidas no curso do processo. A título elucidativo, destacam-se, os seguintes arestos do STF e do STJ:

[...] Elementos de informação do inquérito que se harmonizam com as provas colhidas sob o crivo do contraditório. Inteligência do art. 155 do Código de Processo Penal. Meio inidôneo para o revolvimento do conjunto fático-probatório e a aferição de sua suficiência ou insuficiência para a condenação. Extinção do writ, por inadequação da via eleita. [...] ⁴⁴

[...] 2. É possível a utilização de elementos informativos do inquérito policial quando corroborados por outras provas judicializadas. 3. A pretensão de reconhecimento de nulidade da prova, ou que a condenação lastreou-se em prova produzida apenas no inquérito, tal como veiculada no recurso, em contraposição à fundamentação posta no acórdão recorrido, demandaria aprofundado reexame de matéria fático-probatória, vedado na via eleita, a teor da Súmula 7/STJ. [...] ⁴⁵

Guiado pela orientação jurisprudencial, pode-se afirmar que a prova produzida durante o inquérito seria mero reforço indiciário a consubstanciar o convencimento do julgador, bem como as provas que, por sua própria natureza, são impossíveis de repetição

⁴⁴HC 125035, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2015 PUBLIC 08-04-2015

⁴⁵AgRg no AREsp 186.964/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 22/09/2015

e/ou renovação, ou quando já na fase processual se faz necessário a antecipação da produção de provas visando resguardar o provável perecimento.

Consustancia em tais razões excepcionais do direito, e cercadas de todas as garantias processuais, mesmo que postergadas, o entendimento das Cortes Superiores Brasileiras é no sentido da possibilidade de valorar as provas produzidas no inquérito policial.

Todavia, sob o aspecto da orientação constitucional a respeito do tema, parece-nos equivocado a utilização de provas colhidas no inquérito policial, especialmente aquelas que são possíveis de repetição na instrução processual sem o comprometimento do conteúdo, a exemplo de oitiva de testemunhas, oitiva de peritos, declaração do acusado.

Com relação às provas não repetíveis por impossibilidade técnica se devem garantir a participação da defesa em sua produção, através do acompanhamento de advogado e assistente técnico eventualmente indicado a fim de assegurar a imparcialidade da produção da prova colhida ainda na fase investigativa.

2.3 Direito à assistência de advogado sob a ótica da Lei nº 13.245/2016

A advocacia capitaneada pelos homens sábios, surge pela necessidade de defender aqueles que tinham seus direitos e garantias desprezados. Tamanha a importância do trabalho que o advogado exercia que ele não recebia qualquer salário ou gratificações, mas apenas honrarias pelo nobre serviço prestado, daí vindo a expressão remuneratória da atualidade, qual seja, a de o advogado receber honorários.⁴⁶

⁴⁶ “É no Império Romano que se encontram as raízes do Direito e bem assim é nele que se localizam as origens da advocacia representada em duas figuras distintas: o advogado e o jurisconsulto. Sob o prisma histórico, pode-se dizer que a advocacia tem sua origem na necessidade moral de defesa daqueles que por serem hipossuficientes e inocentes acabavam por ser vítimas de injustiças de todos os gêneros. Nesta esteira, surgem cidadãos que, inconformados com as iniquidades, passaram a exercer, gratuitamente, a defesa daqueles que por serem fracos tinham seus direitos desprezados. Assim, com base na verdade, direito e justiça, surgem homens justos dispostos a lutar por outrem e, assim, dar ensejo a uma profissão pautada na dignidade da pessoa humana.” (TAKEDA, 2010)

O advogado merece o reconhecimento do grande defensor dos direitos fundamentais na história da humanidade, sobretudo sobre a importante atuação na defesa da liberdade, propriedade e outros direitos dos oprimidos, afinal, a palavra advogado deriva do latim *advocatus*, ou seja, aquele que é chamado em defesa do acusado.

A participação do advogado na defesa constitui primordial garantia de que as leis serão observadas ao rigor, o julgamento será conduzido por autoridade judicial imparcial e equidistante de forma a avaliar a finalidade que se espera da justiça, qual seja, a prolação de uma sentença justa e dentro dos ditames da legalidade e o Estado Democrático de Direito.

Os cenários das delegacias brasileiras, especialmente àquelas mais remotas dos grandes centros, ainda persistem em dizer que o caráter da inquisitorialidade veda qualquer intromissão do advogado no curso do inquérito com o intuito de “não atrapalhar as investigações”. Tal realidade levou o Supremo Tribunal Federal editar a Súmula Vinculante nº 14⁴⁷, estabelecendo o direito do advogado a acesso aos autos e documentos já produzidos pela investigação, como garantia do direito de defesa e prerrogativa da advocacia.

Em que pese os 28 (vinte e oito) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda existem certas dificuldades na defesa do investigado, entre elas, destaca-se a presença de advogado na oitiva do eventual suspeito (por vezes chamados apenas de testemunhas) do crime investigado pela autoridade policial.

Com o advento da Lei nº 13.245/16, que alterou o artigo 7º, XXI, “a” do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94)⁴⁸ para estabelecer o direito básico do advogado no acompanhamento do depoimento de seu cliente na investigação

⁴⁷ SÚMULA VINCULANTE 14 - É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>, acesso em fevereiro de 2016)

⁴⁸ Art. 1º - O art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 7º [...] XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; (NR)”

preliminar, bem como a possibilidade de formular quesitos e apresentar razões. E mais, previu a nulidade dos procedimentos posteriores acaso seja violada a disposição normativa.

Numa análise aprofundada, entretanto, não parece que a investigação preliminar tenha perdido seu caráter inquisitório⁴⁹, não passando o novo dispositivo legal de ser uma das várias prerrogativas que já possuem o advogado no exercício da profissão.

Sobre o tema, importante nota de HOFFMANN (2016):

[...] Ora, sempre foi uma luta dos advogados ter voz ativa no contexto de apurações inquisitoriais, principalmente quando da realização de oitivas. Frequentemente, os advogados queriam expor razões ao presidente das investigações, bem como fazer questionamentos circunstanciados a seus clientes, e acabavam sendo silenciados, sob o argumento de que não deveriam interferir no curso da oitiva. Certamente, esse parece ser um dos motes de tal dispositivo, o qual permite ao defensor apresentar razões e quesitos nesse contexto, ou seja, garante ao causídico, além de poder assistir o seu cliente quando de sua oitiva, também justificar fatos e formular perguntas que auxiliem na apuração dos fatos. Evidentemente, a participação do defensor no interrogatório policial não deve se convolar em protagonismo na direção da colheita de elementos. A condução do ato deve ser feita pela autoridade policial, que ao final pode admitir perguntas pertinentes e relevantes (artigo 188 do CPP).

Outro problema verificado na nova legislação é que aqueles que não possuem condições de custear um advogado particular – grande parte da população – não teriam acesso à defesa no procedimento investigatório, acentuando a desigualdade de tratamento entre as pessoas. Porém, não há como negar a importância da Lei no que se refere à mudança de paradigma da legislação brasileira, a qual está seguindo a tendência das garantias e direitos preconizados na Constituição Federal de 1988.

Desta maneira, a mudança trazida pela Lei nº 13.245/16, apesar de não tornar a presença do advogado durante o inquérito policial obrigatória, traz uma nova garantia ao cidadão durante uma investigação, qual seja, a posituação do direito de defesa e a participação da defesa técnica, ainda que tímida, nessa fase procedimental.

⁴⁹ “[...] o que demarca o sistema inquisitório ou acusatório é a gestão da prova nas mãos de quem decide (acúmulo de funções). Em se tratando de sistema processual, a figura do juiz-ator, com poderes para determinar a produção de provas de ofício, é a marca característica do sistema inquisitório. Já a figura do juiz espectador e a gestão da prova nas mãos das partes, funda o sistema acusatório.” LOPES JR., Aury. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação**. Artigo publicado na revista Consultor Jurídico. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>, acesso em fevereiro de 2016.

Apesar da nova lei apenas reforçar as prerrogativas do advogado, prevendo a nulidade absoluta do ato quando obstaculizada a sua participação no procedimento, inaugurou-se (ou destacou-se) a discussão se a presença de defesa técnica na fase pré-processual seria uma garantia fundamental do investigado (indiciado, suspeito ou qualquer outra denominação que se dê). Eis a questão.

Há um capítulo específico dentro do Título IV da Constituição Federal do Brasil, versando sobre as organizações dos Poderes, as funções que considera essenciais à Justiça Pública, dentre elas, ganha destaque que o texto constitucional se preocupou em dizer que o advogado é indispensável à administração da justiça⁵⁰, dessa forma, dentro dos fundamentos constitucionais, conclui-se que a indispensabilidade do advogado reflete no direito de defesa, do contraditório e o devido processo legal.

É necessário capitular que a indispensabilidade do advogado não se restringe aos âmbitos do Poder Judiciário, mas, sobretudo fora dele, pois o que se pretende alcançar é que o imperativo da lei seja estritamente cumprido em sua universalidade. Sob esse prisma, sabe-se que o procedimento investigativo tem a natureza jurídica informativa, uma vez que se presta como fundamento para o ingresso ou não da ação penal.

Mas não é só. A investigação preliminar pode afetar sobremaneira direitos e garantias individuais, ao servir, à guisa de exemplificação, como base para uma prisão cautelar, uma quebra do sigilo bancário e telefônico, sequestro ou apreensão de bens, portanto, somente pelos exemplos citados, verifica-se que está em jogo a liberdade, a intimidade e propriedade das pessoas.

Neste sentido, destaca LOPES JR (2014a, p. 322) que:

[...] os atos do inquérito servem de base para restringir a liberdade pessoas (através das prisões cautelares) e a disponibilidade de bens (medidas cautelares reais, como arresto, sequestro etc). Ora, se com base no inquérito o juiz pode decidir sobre a liberdade e a disponibilidade de bens de uma pessoa, fica patente sua importância!

A realidade, todavia, está longe do que se pode chamar de ideal, pois avista-se confissões que foram obtidas a força pelas autoridades policiais, parcialidade na

⁵⁰ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Vade mecum compacto – 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014)

persecução das provas, má infraestrutura dos postos policiais, e pouco treinamento na humanização dos procedimentos. Ressalte-se que, evidentemente, essas características não se aplicam a todos, mas, tristemente, ainda fazem parte do cotidiano brasileiro.

Por tratar sobre direitos fundamentais tão básicos e valiosos deve-se acautelar a investigação preliminar dos maiores cuidados, sobretudo pela força probatória que ainda transborda ao processo judicial. Para tanto, as garantias fundamentais somente estarão protegidas caso a fase preliminar seja obrigatória a presença do advogado, precisamente na oitiva do interrogado, e no acompanhamento de provas cuja a repetição fica comprometida.

Nesse ponto específico, a Constituição Federal de 1988 inovou ao inserir diversas garantias no corpo de seu texto, e foi além, trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, quais sejam, direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Inegavelmente uma das mais importantes garantias expressamente positivadas pela atual Constituição foi a do princípio do devido processo legal, do qual derivam os princípios do contraditório e a ampla defesa. Como salientado por MORAES (2006a, p. 95), ao tratar sobre o tema:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção a liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado por juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

E continua advertindo que:

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme texto constitucional expresso (art. 5º, LV). [...] Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

A própria Constituição Federal de 1988 determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, desprezando, assim, a necessidade de qualquer regulamentação para a efetividade delas.⁵¹ Inclusive, convém salientar que no sistema de investigação criminal dos Estados Unidos da América, berço do devido processo legal tal como atualmente concebemos⁵², a participação do advogado constitui garantia do suspeito, sendo assim, a tomada de depoimento do suspeito formal deve ser realizada com o acompanhamento e presença do defensor, sob pena da imprestabilidade de seu valor probatório.

Segundo LOPES JR. (2014b, p. 363-397) no direito português, está assegurada a presença de advogado no ato do interrogatório. No direito francês, no procedimento de *instruction*, o sujeito, também, tem direito a assistência de advogado por toda a fase pré-processual. Esse direito reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, seja perante o Tribunal, seja na fase da investigação preliminar.

O principal direito que detém o suspeito, nessa fase, é o de ser assistido por um advogado, assim, inobstante a inércia legislativa, à luz da interpretação sistemática da Constituição Federal do Brasil poder-se-ia afirmar que a assistência de defesa técnica desde a fase da investigação preliminar criminal seria direito fundamental da pessoa humana, ao passo que constitui verdadeira efetivação do princípio-norma da ampla defesa. No direito positivado brasileiro, a necessidade da presença do advogado nos atos relacionados a oitiva do investigado somente será obrigatória nos casos em que houver defensor previamente constituído.

Ocorre, como visto, que a presença do advogado consiste na proteção do indivíduo investigado e que sofre a persecução criminal do Estado, de que todas garantias previstas em leis e princípios serão rigorosamente respeitadas, trazendo a sensação de um processo justo e equilibrado. As pessoas desprovidas de recursos financeiros para a contratação de um advogado particular para que tenha habilitado o seu direito de defesa seriam socorridas por quem?

⁵¹ Art. 5º, §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵² *Bill of Rights* (carta de direitos) estatuiu expressamente a garantia do devido processo legal na Constituição dos Estados Unidos da América.

A Defensoria Pública deverá assumir tal função, a qual, inclusive, já está dentre seus objetivos previstos no art. 4º, inciso XIV, da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, que estabelece expressamente a necessidade de intimação da Defensoria Pública para acompanhar o inquérito policial, quando o preso não constituir advogado.⁵³

Acrescente-se que deve ser prestada pelo Estado a assistência jurídica e gratuita para qualquer do povo que necessite dela, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. E, aqui, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, o efetivo acesso à justiça, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

O Projeto de Lei nº 8.045/10, de autoria do Senado Federal, que trata da reforma do novo Código de Processo Penal, avança ao implantar um sistema processual acusatório, facultando ao investigado não somente a constituição de uma defesa técnica como mero espectador dos acontecimentos produzidos na fase pré-processual, de modo a não apenas agir como tutor da observância das garantias fundamentais básicas do indiciado.

A redação do projeto de lei permite ao investigado exercer, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, a produção de provas em favor de sua defesa na fase de investigação preliminar, podendo inclusive entrevistar testemunhas, a vítima e a promover a juntada do material produzido nos autos do inquérito. Eis o disposto no artigo 13, *caput*, do referido projeto:

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de provas em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

O projeto de reforma do processo penal brasileiro traz a expressa possibilidade de o investigado operar ativamente na fase pré-processual, permitindo ao indiciado a

⁵³ Art. 4º - São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:[...] XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;

produção de provas para subsidiar sua defesa, diretamente e por conta própria, com vista a concretização do princípio-norma da paridade de armas entre a defesa e acusação.

É imprescindível acrescentar o direito do investigado à investigação defensiva, fundamenta-se no preceito de igualdade processual das partes, ou seja, a possibilidade de ambas as partes (defesa e acusação) receberem tratamento equânime para atuarem na defesa de seus interesses, tendo suas razões e conjunto probatórios a mesma força a influenciar e firmar o convencimento da eventual decisão a ser proferida.

Todavia, parece-nos que o ranço inquisitorial ainda persevera no projeto de reforma do sistema processual penal, porquanto a possibilidade de o investigado produzir provas, apresentar requerimentos e indicar as suas razões, bem como a ruptura de paradigmas, persiste no texto do projeto da nova legislação à discricionariedade da autoridade que conduz o feito de juntar aos respectivos autos do inquérito o trabalho exercido pela defesa.

A ressalva promovida pela própria legislação em votação pode tornar inócua a essência da promoção da investigação defensiva, qual seja, a possibilidade da atuação da defesa influenciar o resultado final.

Desta feita, o investigado integrante de um grupo economicamente vulnerável, a defensoria pública, por força da nova redação do artigo 7º, XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - EOAB, e as diretrizes do projeto de reforma do Código de Processo Penal, deverá assistir o investigado, uma vez que não há argumento que justifique tratamento diferente entre pessoas de distintos níveis sociais, sob pena de violação ao princípio da igualdade, que é a base do Estado Democrático de Direito.

2.4 Contornos do sistema ideal: órgão encarregado a realizar a investigação preliminar

O Brasil é um dos poucos países que ainda adota o sistema de investigação preliminar policial, em que se atribui legalmente à Polícia Judiciária a missão de investigar e averiguar os fatos constantes na notícia-crime. Nesse modelo, a autoridade policial atua como titular da investigação preliminar, com autonomia para definir as formas e os meios

empregados na investigação, com o controle externo da atividade policial a cargo do Ministério Público, na forma do artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal⁵⁴ e as medidas restritivas de direito dependentes da intervenção de autoridade judicial.

Os principais problemas no inquérito a cargo das autoridades policiais é a falta de estrutura para o desenvolvimento do trabalho, excedendo-se os limites temporais para a realização da investigação, prejudicando-se sobremaneira a celeridade e a eficácia da persecução penal, além disso, nos casos mais complexos, há sempre uma incompletude na investigação, sendo necessária a realização de novas diligências complementares.

Outro inconveniente ao sistema de investigação conduzido pela autoridade policial é a falta de independência do órgão, que o torna mais suscetível às pressões políticas e à discricionariedade de quem administra, de cunho evidentemente parcial e no limbo da licitude.

A esse respeito, criticando o modelo de investigação conduzido pela autoridade policial, esclarece ZAFFARONI (2007, p. 130-139), em entrevista concedida à Revista Brasileira de Segurança Pública:

A seletividade da justiça penal tem que ser respondida institucionalmente com racionalidade e não ser negada, porque isso seria como querer parar o Sol. Se o exercício do poder punitivo é seletivo, essa seleção tem que ser feita segundo uma certa política do Ministério Público e não segundo interesses das burocracias ou pagos pela corrupção.

Todos esses inconvenientes constantes da investigação preliminar a cargo da Autoridade Policial levam ao inevitável descrédito probatório dos elementos obtidos no curso do inquérito, posto que na investigação preliminar o exercício do contraditório e a ampla defesa são mitigados se fazendo necessária a completa repetição na fase processual das provas produzidas anteriormente. Pior, esse sistema de investigação preliminar não cumpre a função primordial de esclarecer a notícia crime, em grau de probabilidade, capaz de fundamentar a decisão pelo processo ou pelo não-processo.

⁵⁴ Artigo 129 [...] VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

Sendo assim, parece-nos que se trata de modelo falido. Não serve ao Ministério Público, pois não é realizado pelo órgão titular da ação penal, de modo que a atuação da autoridade policial, em geral, não é conectada com os interesses do *Parquet*.

Igualmente, não atende aos interesses da defesa, pois o sistema inquisitorial não confere ao sujeito passivo a participação na investigação, tampouco a possibilidade de requisitar diligências, além da patente arbitrariedade do órgão ao negar o mínimo de contraditório e direito de defesa. Da mesma forma, não serve ao julgador, tendo em vista a própria forma de atuar do órgão, que leva ao descrédito do material recolhido.

Entretanto, é preciso ressaltar que esse modelo tem também pontos positivos, embora os pontos negativos se sobreponham, tornando-o ineficiente. A investigação preliminar a cargo da autoridade policial traz como vantagem a atuação intensa e abrangente da polícia, capaz de atuar em todo o território nacional, diferente de uma investigação preliminar a cargo do Juiz ou do Ministério Público, que não dispõem de tamanha amplitude. Outrossim, a proximidade das autoridades policiais com os cidadãos é também uma vantagem, pois possibilita meios mais rápidos e eficazes para conduzir uma investigação.

A investigação a cargo da polícia judiciária ainda se apresenta vantajosa ao Estado tendo em vista que o Poder Executivo exerce poder de mando sobre esse órgão, sendo menos burocrático e mais suscetível às alterações sociais e políticas no contexto que se apresenta.

Feitas considerações acerca do modelo de investigação a cargo da autoridade policial, passamos a averiguar as características, os prós e contras a respeito da investigação preliminar judicial.

A investigação preliminar judicial é marcada pela titularidade da investigação conferida ao Juiz Instrutor, que receberá direta ou indiretamente a notícia-crime e a quem pertence todos os poderes necessários para buscar as fontes de informação da notícia-crime e investigar os fatos indicados, de forma a realizar a investigação que terá por objetivo obter os elementos essenciais para proceder-se ao processo ou ao não-processo.

A prova nesse sistema não é produzida perante o Juiz Instrutor, mas sim diretamente por ele colhida, em função de investigador, atuando de ofício e sem qualquer

subordinação ou vinculação aos pleitos do ministério público ou da defesa, que atuam meramente como colaboradores.

Aqui, cabe ao Juiz Instrutor definir a relevância das diligências solicitadas em prol dos objetivos da investigação, e denegar aquelas que não considerar úteis. Nos crimes de ação penal pública, poderá o juiz atuar de ofício, inclusive determinando medidas cautelares reais ou pessoais, ainda que haja discordância do titular da futura ação penal, o ministério público. Para a realização desse tipo de atividade de investigação, é imprescindível que a polícia judiciária esteja à disposição do Juiz Instrutor, que terá suas funções completamente subordinadas a ele.

Evidentemente, o maior problema da investigação preliminar a cargo do Juiz Instrutor diz respeito à imparcialidade conferida ao magistrado que conduz a investigação, sendo impedido de julgar a causa. Hoje em dia, em grande parte dos países que adotam esse sistema, há a presunção absoluta de parcialidade do Juiz Instrutor, que não poderá, em hipótese alguma, julgar a causa, isso porque os vários juízos de valor que cabe a ele durante a investigação culminam na prevenção como causa de exclusão de sua competência para julgar futura ação penal.

São consideradas vantagens do sistema de instrução preliminar judicial a imparcialidade quanto ao interesse em investigar o fato supostamente criminoso e a independência de atuação do Juiz Instrutor, que se traduz numa garantia de que a investigação preliminar não será suscetível a pressões políticas pelo Poder Executivo.

Outro ponto a ser mencionado é a possibilidade de se conferir maior efetividade e credibilidade do material angariado durante a investigação, uma vez que tais elementos podem ser utilizados pela acusação e pela defesa, justamente por ser proveniente de um órgão cujo único intuito é esclarecer os fatos noticiados, a partir da busca por provas que sirvam tanto à condenação quanto à inocência do sujeito passivo. Ademais, nesse modelo há ainda a garantia de que ao Juiz Instrutor é vedado que julgue a causa, além do essencial atendimento ao princípio de que não há processo sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*).

A propósito, destaque-se a explicação de NOVAES (2016):

Não se deve esquecer que o juiz é um ser humano suscetível às influências psicológicas e pressões sociais. Sua imparcialidade deve ser mantida a qualquer preço. O sistema misto com a presença de resquícios inquisitoriais causa influência direta sobre a imparcialidade; as provas chegam por intermédio da acusação já apreciadas pelo juiz-instrutor, colega de classe do juiz que irá julgar o litígio, aumentando a credibilidade que merecem. Por outro lado, as provas da defesa são produzidas, em regra, pelos próprios defensores, sem a participação do magistrado da primeira fase, sendo que a credibilidade dessas provas será, portanto, menor do que a deferida àquelas angariadas pelo juiz-instrutor.

É também uma vantagem do sistema de investigação preliminar judicial o fato de que ao ser necessário decretar medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais – como a busca e apreensão, ou a prisão cautelar – no curso da investigação, estas já serão determinadas por órgão com poder jurisdicional, independendo de requisição a outra autoridade estatal.

Em contrapartida, é mister evidenciar também os pontos negativos desse sistema, uma vez que se trata de modelo superado e intimamente relacionada aos tempos remotos da inquisição, à figura do juiz inquisidor, notadamente sua estrutura possibilita a um mesmo órgão a incumbência de investigar o fato noticiado e, simultaneamente, proceder à imputação formal ou à defesa do acusado.

Trata-se do modelo mais distante do sistema acusatório vigente no processo penal brasileiro, vez que gera evidente confusão entre as funções de acusar e julgar, em claro prejuízo ao processo penal.

Outro grave inconveniente é o fato de caber ao Juiz Instrutor decidir sobre a necessidade de se proceder a determinado ato de investigação e, também, realizar juízo de valor sobre a sua legalidade. Tal realidade pode culminar em transgressões ao ordenamento jurídico, utilizando-se do subterfúgio de ser o órgão responsável pela definição das estratégias de investigação.

A investigação preliminar judicial também constitui evidente disparidade de armas entre todos os envolvidos: o investigado, o *parquet* e a polícia judiciária, de forma que o Juiz Instrutor não tem sua atuação voltada às garantias, mas sim à própria finalidade da investigação. Ademais, dada a sua própria estrutura, consubstancia-se em modalidade bastante morosa, tendo em vista deixar de lado a natureza de instrução sumária para ser uma instrução plenária.

Ademais, é extremamente grave a conversão automática da fase de investigação preliminar em uma fase capaz de gerar provas valoráveis em eventual sentença condenatória. Nesse sentido, sendo os atos praticados pelo Juiz Instrutor detentores de maior credibilidade, isso pode levar à mera ratificação das provas na fase processual, o que não se coaduna com os princípios constitucionalmente assegurados aos acusados no processo penal brasileiro, como visto anteriormente.

Trata-se, portanto, de modelo inaceitável no sistema acusatório, justamente em razão da natureza inquisitiva dos atos e, sobretudo, das provas produzidas. Sem dúvidas, é modelo superado e que apresenta graves problemas, tanto quanto a investigação a cargo da polícia judiciária, de modo que nos parece imprestável à realidade almejada pelo processo penal brasileiro.

A propósito elucida LOPES JR. (2015b, p. 47):

[...] é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.

Chegamos assim ao modelo de investigação preliminar a cargo do Ministério Público, em que o promotor é o titular da investigação, isto é, atua como investigador. A investigação preliminar em que se vislumbra a figura do Promotor-Investigador tem sido adotada em países europeus.

Neste modelo, cabe ao promotor a titularidade da investigação, a quem compete o recebimento da notícia-crime direta ou indiretamente (através da polícia) e a realização da investigação dos fatos ali presentes. É possível que o Promotor-Investigador realize diretamente as diligências investigativas ou que determine que a polícia as concretize, segundo critérios estabelecidos de acordo com as convicções.

Será possível, desta feita, a formação da *opinio delicti* do órgão acusador que irá decidir entre o processo – proceder-se à acusação do investigado – e o não-processo – ocasião em que irá solicitar o arquivamento do procedimento investigativo. O Promotor-Investigador ainda depende de autorização judicial – do juiz da instrução, chamado de “juiz garante” – para proceder a determinadas medidas restritivas de direitos fundamentais, como as cautelares já citadas nesse estudo, em nome das garantias constitucionais

asseguradas ao acusado. A atuação do Juiz nesse modelo deve ser *supra* partes, uma vez que não investiga, mas apenas intervém quando solicitado para exercer o controle de legalidade dos atos de investigação pleiteados pelo Ministério Público.

Os principais pontos positivos desse modelo dizem respeito à própria natureza da instrução preliminar, enquanto atividade pré-processual de caráter instrumental que, pela lógica, deve estar a cargo do titular da ação penal (CF, artigo 129). Logo, deve ser atividade administrativa dirigida pelo Ministério Público e para a realização de seus interesses, sendo descabido que outro órgão investigue para o promotor acusar.

É certo que esse modelo configura maior proximidade à estrutura dialética do processo, embora possa haver algumas restrições aos princípios da publicidade e do contraditório em nome do interesse da investigação. Tal modelo se coaduna com os princípios norteadores do sistema acusatório, sendo a sua adoção medida que se impõe para o processo penal que se pretenda ser efetivamente acusatório. Isso porque afasta a figura do juiz inquisidor e garante a sua imparcialidade como julgador, além de assegurar a atuação da polícia judiciária em concerto com os interesses e a atuação do titular da ação penal.

Afiança a realização dos princípios garantistas da inexistência de processo sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*) e da vedação à atuação do juiz de ofício (*ne procedat iudex ex officio*). Com efeito, esse sistema possibilita o fortalecimento do órgão jurisdicional, cuja atividade durante a fase de investigação preliminar fica restrita apenas – e como deve ser – à decisão quanto as medidas restritivas e quanto a admissão ou não da acusação.

A imparcialidade do órgão acusador, desinteressado do resultado da investigação – em tese – confere credibilidade à sua atuação, de forma que tentará medidas para fins de real esclarecimento dos fatos, de modo a ordenar a realização de diligências que busquem igualmente elementos que favoreçam a defesa e acusação, amparadas na lei, sempre em busca de solução justa e legal para definir a necessidade de se proceder à acusação do investigado.

Explica LOPES JR. (2014c, p. 153):

A atuação do promotor, como parte formal e ao mesmo tempo imparcial, encontra seu fundamento teórico na distinção entre *parcialidade* e *partialidade*, de modo que – em teoria – o promotor pode ser concebido como *partial* e, ao mesmo tempo, *imparcial*. O importante nesse terreno é que a causa de sua atuação seja o desejo de atuar com justiça, segundo os critérios legais. Na esfera subjetiva, deverá esquecer-se de sua personalidade para atuar no processo penal com exatidão e a real intenção de proceder justa e legalmente.

No contexto da análise da imparcialidade, partimos da sua conceituação, para então distingui-la conforme estabelecido por W. Goldschmidt (1950, p. 184-209 *apud* LOPES JR., 2014, p. 153), no sentido de que o ser imparcial pressupõe uma relação entre o motivo de sua atuação e o desejo de atuar com exatidão com vista a resolver a questão baseado nos critérios de legalidade.

Todavia, é certo que não se trata de um modelo de investigação infalível, haja vista que também tem suas desvantagens. Em primeiro lugar, não se pode olvidar que esse modelo é típico do utilitarismo judicial, em que deve se combater a criminalidade a qualquer custo, característico de um Estado de Polícia, e não de Direito, como se propõe a ser o Estado brasileiro.

Com a transferência de poderes ao Ministério Público, parece-nos que este passaria a ser temido – em contrapartida ao Juiz Instrutor –, dando espaço para a absurda possibilidade de um promotor-inquisidor. A imparcialidade do órgão ministerial também é questionável, posto ser igualmente uma parte e, ainda, direcionada à realização dos postulados do sistema acusatório, para fins de ser a parte apta a contradizer o sujeito passivo. Isto é, não é possível afirmar-se que o *Parquet* seria, com certeza, imparcial ao conduzir determinada investigação em casos emblemáticos, em que houvesse claro interesse na condenação dos investigados.

Ainda, não é possível assegurar-se a não suscetibilidade do Ministério Público aos agentes políticos e ao Poder Executivo, em última análise. Para, além disso, nesse sistema corre-se o risco de que, na prática, o órgão ministerial atue de forma parcial e inclinado a angariar apenas provas contra o sujeito passivo, desprezando eventuais elementos a seu favor, acentuando-se ainda mais a disparidade entre as futuras partes, com sérios prejuízos aos direitos do imputado.

Há que se mencionar ainda a possibilidade de que atribuir ao Parquet a direção da investigação preliminar não signifique que ela será efetivamente realizada pelo Ministério Público. Isso porque pode o promotor ficar ciente da notícia-crime apenas após a realização de atividades conduzidas pelas autoridades policiais. E, assim, pode acabar conformando-se com o material angariado pela Polícia, sem realizar qualquer ato investigatório a mais.

Por fim, há que se destacar como ponto negativo da investigação preliminar comandada pelo Ministério Público a precária estrutura do órgão no Brasil para proceder à realização de atos investigatórios, culminando em evidente diminuição da eficiência da investigação.

Ao realizar a análise das vantagens e desvantagens da investigação preliminar a cargo do Ministério Público, conclui-se que este configura o modelo menos problemático e mais próximo aos postulados do sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal.

2.6 A crise do inquérito policial: qual seria o sistema ideal?

A investigação preliminar constitui peça fundamental para a realização do processo penal, mormente no Estado Democrático de Direito em seu viés moderno, estruturado em princípios, direitos e garantias inegociáveis à condição humana presentes nas esferas constitucionais legais.

A ineficiência do modelo de investigação preliminar adotado no Brasil pode ser justificada pela patente desatualização do Código de Processo Penal frente aos postulados trazidos pela Constituição Federal de 1988. Isso porque o inquérito policial, essencialmente, não sofreu mudanças legislativas relevantes, permanecendo nos mesmos moldes adotados em 1941, data de sua promulgação e vigência.

Nesses termos, defende MOREIRA (2016):

O atual código continua com os vícios de 60 anos atrás, maculando em muito dos seus dispositivos o sistema acusatório, não tutelando satisfatoriamente direitos e garantias fundamentais do acusado, olvidando-se da vítima, refém de um

excessivo formalismo (que chega a lembrar o velho procedimentalismo), assistemático e confuso em alguns dos seus títulos e capítulos.

A insatisfação em relação a esse sistema não é nova. Há muito se fala que o inquérito policial, forma máxima da investigação preliminar no Brasil, encontra-se em crise. Como se observa, trata-se de problemática apontada há algum tempo pelos estudiosos sobre o tema. Já naquela época havia a preocupação em restringir-se as funções das autoridades policiais aos seus verdadeiros fins, sem qualquer efeito no âmbito judiciário, a fim de tornar a sua intervenção a mínima possível. Trata-se de clara intenção em incentivar o Ministério Público a intervir nas investigações desde o início do procedimento, cuja função predominante seria fornecer elementos para o esclarecimento da autoridade jurisdicional.

Destaque-se, nesse contexto, que conforme prevê o artigo 144, *caput* e §7º, da Constituição Federal, a segurança pública é dever do Estado que exerce o seu ônus de preservar a ordem e a incolumidade das pessoas e patrimônios, sendo necessárias leis que disciplinem os órgãos responsáveis por tal ofício. Assim, conclui-se que a investigação criminal eficiente é dever do Estado.

O Estado deve promover a segurança pública e, o inquérito policial, enquanto atribuição estatal e principal forma de investigação no direito brasileiro devem ser realizadas com observância ao princípio da eficiência.

Conquanto tal preceito, o inquérito policial não está sendo capaz de atender aos interesses sociais e endoprocedimentais que fundamentam a sua existência, uma vez que os níveis de elucidações são insignificantes, além da baixa qualidade técnica dos elementos produzidos e a demora em concluir o procedimento preliminar.

LOPES JR. (2014d, p. 127-128) tece severas críticas ao sistema de investigação sob o comando da autoridade policial, ao dizer:

[...] com muito atraso, começa a discutir-se no âmbito dos Estados, a regulamentação do controle externo da atividade policial, previsto pelo art. 129, VII da Constituição Federal. É um primeiro passo para debater um grave problema do processo penal brasileiro: a crise do inquérito policial e a necessidade do controle externo da atividade policial por parte do MP. O problema é antigo e a necessidade de uma modificação há muito vem sendo apontada pelos juristas. A investigação/instrução preliminar (no Brasil – Inquérito policial) é fundamental para o processo penal, pois não

se deve julgar de imediato. Primeiramente, deve-se preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não-processo.

Observa-se que as principais críticas apontam para a morosidade do inquérito policial, bem como a sua incompletude nos casos mais complexos e a própria inadequação ao sistema acusatório. Esse modelo de investigação preliminar a cargo da polícia judiciária carece de um eficaz controle externo.

Além disso, não raras vezes, há enorme concentração no inquérito policial de atos que deveriam ser praticados na fase processual, mormente a equivocada valoração probatória conferida aos atos de investigação, em que não há observância às garantias constitucionais asseguradas e requisitos formais legalmente estabelecidos. Tal realidade culmina em condenações indevidas, injustas e baseadas em acervo probatório produzido não durante a fase processual competente, mas, sim, durante a investigação inquisitória, fato este absolutamente inadmissível ao processo penal que se almeja.

A realidade vivenciada no inquérito policial atualmente é de procedimento utilizado não para chegar-se à probabilidade do mero *fumus commisi delicti* – necessário à decisão pelo processo ou pelo não processo –, mas como procedimento que visa a obter a condenação do investigado a qualquer custo, conduzindo os atos, com as devidas exceções, com essa intenção.

O que tem ocorrido é que a própria produção de provas durante a fase de investigação, em flagrante desrespeito às garantias fundamentais dos acusados porquanto tolhido do devido processo legal, para além da prevenção do juiz que atua nesse momento preliminar para julgar eventual processo penal.

O inquérito policial, em seu formato atual, não serve ao ministério público, tampouco ao juiz e, muito menos, à defesa do sujeito passivo da ação penal. O modelo nos parece está falido e carece de modificações em sua atual conjuntura para que possibilite a realização do processo penal em sua inteireza, com total observância dos preceitos constitucionais e garantias fundamentais.

Nesse sentido, explica, mais uma vez, LOPES JR. (2014e, p. 127-128):

[...] os membros do Ministério Público criticam a falta de coordenação entre a investigação conduzida pela Polícia Judiciária, e as suas próprias necessidades enquanto titular da ação penal. Para os Magistrados, o cerne

do problema encontra-se na demora e na pouca confiabilidade do material produzido pelas Autoridades Policiais, que não servem como elementos de prova na fase processual. A Defesa, por sua vez, critica o modo inquisitivo de conduzir as investigações, em que a Polícia Judiciária nega o mínimo de contraditório e a direito de defesa ao investigado, embora assegurados constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna.

Em que pese os problemas advindos do Inquérito Policial, é certo que a fase pré-processual de investigação é imprescindível para termos o processo democrático, porquanto seria irracional aceitar o processo penal sem que houvesse um filtro para apurar a probabilidade de autoria e materialidade do delito a ser posto a julgamento.

A instrução preliminar, aliada a fase instrutória do processo penal, em que há o contraditório e ampla defesa assegurados, constituem verdadeiro filtro da ação penal, apenas permitindo a inserção no mundo jurídico-processual de condutas que tenham aspecto de delito que justifique o custo do processo tanto para o Estado, quanto para o sujeito passivo, que é estigmatizado a partir do mero indiciamento.

Para que seja instrumento realmente eficaz e respeitador aos preceitos constitucionais e aos princípios de um sistema processual penal que se pretenda ser realmente acusatório o modelo atual de investigação preliminar adotado no Brasil carece de modificações e atualizações porquanto ainda tenha traços marcantes que remontam ao sistema inquisitório, sendo realidade absolutamente inadmissível para o processo penal estabelecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Depois de análise sistemática dos três elementos essenciais para a estruturação de um modelo de investigação preliminar, é possível perceber que não basta apenas definir a quem incumbirá o dever de conduzir a investigação para se obter um sistema ideal, é preciso determinar como serão os trâmites dessa investigação, bem como quais limites deverão ser impostos para que a fase pré-processual cumpra o seu objetivo de forma eficaz.

A partir desses três elementos básicos – sujeito, objeto e atos –, cumpre destacar os possíveis contornos de um sistema ideal para a realidade brasileira. Significa dizer: aquele com a menor quantidade de defeitos – já que nenhum é infalível – para que a investigação preliminar se desenvolva de forma mais eficiente e adequada aos postulados e fins do direito processual penal brasileiro, sempre se pautando pelas normas constitucionais e pelas garantias asseguradas aos acusados pela Constituição Federal.

Como visto acima, parece-nos que o modelo mais coerente demonstra ser o que atribui ao ministério público a direção da investigação preliminar, retirando-a do monopólio da polícia judiciária, que deve ser funcionalmente subordinada ao *Parquet*, titular da futura ação penal. Em que pese o modelo do Promotor-Instrutor receba importantes críticas e apresente desvantagens, ele é, sem dúvidas, o modelo que oferece menos defeitos e incongruências diante do sistema acusatório e das garantias previstas na Constituição Federal.

LOPES JR. (2014f, p. 246-247), em sua obra “Investigação preliminar no processo penal”, defende que este seria o sistema ideal e perfeitamente aplicável ao processo penal brasileiro, destacando:

Esse é o sistema que consideramos mais próximo do ideal e que é perfeitamente aplicável em nossa atual realidade. Ninguém quer transformar o gabinete do promotor em delegacia de polícia, não é isso. O que se pretende é que o MP possa exercer certo controle, uma fiscalização e até a direção da investigação quando o caso exigir, como sucede no sistema italiano da indagine preliminare. Só com a possibilidade de dar instruções gerais vinculantes à atividade policial, muitos dos problemas já estariam resolvidos. Contudo, ainda perdura a lacuna e o controle externo da atividade policial continua sem estar devidamente regulamentado. A polícia judiciária somente se justifica como órgão auxiliar, destinado a apoiar aqueles que representam o Estado na administração da Justiça. Como tal, deve ser dependente, no plano funcional, dos juízes e promotores, que não só requisitam sua intervenção, mas que também dirigem sua atividade de polícia judiciária. Não existem motivos racionais para defender uma completa independência da polícia no desempenho de atividades de caráter judicial, pois o fundamento da sua existência está exatamente em atuar conforme e segundo a necessidade dos órgãos que administram a Justiça. Como se percebe, o inquérito policial tem sua razão de existência vinculada ao oferecimento de subsídios mínimos para o ajuizamento da ação penal ou para o arquivamento do inquérito. Toda e qualquer atividade investigatória que transborde esse limite constitui-se como excessiva e intromissiva.

Cumprе destacar que a experiência de países europeus ao adotar esse sistema tem sido exitosa e, no contexto atual, é a perspectiva que se vislumbra para a investigação preliminar no Brasil.

No cenário mundial é o ministério público quem detém o comando das investigações preliminares. Este órgão dirige, supervisiona ou coordena as investigações

criminais, com exemplos marcantes na Itália, Alemanha e França.⁵⁵ O reforço da atuação do Ministério Público na investigação criminal, especialmente o encargo de dirigir a investigação com o auxílio da polícia, é uma tendência de toda América Latina, seguindo a orientação das reformas recentes de vários países que concretizam esta nova postura processual, a exemplo, respectivamente do Chile (CPP, artigo 3º)⁵⁶ e do Paraguai (CPP, artigo 15)⁵⁷.

A maior vantagem é a total compatibilidade entre o titular da ação penal e o responsável pela investigação preliminar, dada a própria natureza instrumental dessa fase pré-processual, direcionada à decisão pelo processo ou o não processo, isto é, como procedimento preparatório ao exercício da ação penal. Ademais, é certo que a realização de investigações se coaduna com as funções institucionais do ministério público e é decorrência de seu poder-dever de acusar.

É benéfico aos próprios fins pretendidos por essa fase processual conferir ao ministério público a direção da investigação preliminar, uma vez que é instituição independente, com mais condições de desenvolver uma investigação imparcial, além de ser detentora das mesmas garantias da magistratura, e de já estar previsto na legislação brasileira a sua participação no inquérito ou mesmo à realização de seu próprio procedimento administrativo de investigação. Exatamente a esse respeito, merece destaque os ensinamentos de PACELLI (2011c, p. 72):

De se notar que a investigação empreendida pelo parquet não lhe impõe, previamente, determinada convicção. Ou seja, uma vez encerrada a investigação, tanto ele pode requerer o arquivamento, quanto o

⁵⁵ LOPES JR. (2014j, p. 367-377): Na Itália: “As indagini preliminari (investigações preliminares) estão encomendadas ao Ministério Público – sistema de promotor investigador – que tem à sua disposição direta a polícia judiciária. O MP italiano tem uma fisionomia particular, pois, desde um ponto de vista estrutural, a magistratura está unificada e os magistrados distinguem-se entre si pela diversidade de funções: julgadoras ou postulatórias (investigatórias). Nesse sentido, dispõe o artigo 107 da Constituição Italiana (CI) [...]”; Na Alemanha: “[...] a reforma realizada em 1974 determinou que o Ministério Público deveria assumir a investigação preliminar. A lei apenas legalizou a prática, pois, ainda que existisse o juiz instrutor, na realidade essa figura carecia de importância, porque efetivamente as funções investigatórias já eram realizadas pelo MP e pela polícia judiciária. ”; Na França: “[...] Com relação ao órgão, a instrução preliminar está a cargo do Juiz de Instrução ou do Ministério Público, segundo o caso. Devemos destacar que ambos pertencem ao Poder Judiciário e são considerados magistrados, conforme estabelece o art. 65 da Constituição Francesa. ”

⁵⁶ Artículo 3º.- Exclusividad de la investigación penal. El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acreditaren la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley. (Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso em: março de 2017)

⁵⁷ Art. 15. ACCIÓN PÚBLICA. Los hechos punibles serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, según lo establecido en este código y en las leyes. (Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-cpp.pdf. Acesso em: março de 2017)

oferecimento de denúncia. Nada há que lhe condicione o agir, desta ou daquela maneira. Nesse sentido, se parcial fosse, tanto seria para o juízo negativo, quanto para o juízo positivo de acusação, o que parece suficiente a demonstrar a inexistência de parcialidade.

Com a investigação preliminar a cargo do *Parquet*, é possível que esse órgão estabeleça instruções gerais e específicas para a melhor condução do inquérito, de forma a atingir o seu objetivo. Todavia, isso não deve significar que a polícia deva informar de imediato sobre tudo o que lhe é denunciado, tampouco que o ministério público se faça presente o tempo todo nas delegacias de polícia.

Tendo em vista que o ministério público já tem como missão prevista em lei o controle externo da atividade policial, é preciso estabelecer de que forma o órgão ministerial exercerá esse controle externo. Para a realização do modelo de investigação a cargo do órgão ministerial, deve-se suprir essa lacuna legal para definir como deverá se desenvolver a atividade policial em concerto com os interesses e intenções do Ministério Público enquanto titular da investigação, para que não se torne um modelo irracional e ineficiente.

Interessante será desenvolver um modelo de controle dos fatos noticiados à polícia, de forma a definir quais tipos de delito deverão ser levados ao conhecimento do ministério público de imediato para o estabelecimento das diretrizes investigativas a serem adotadas, e quais a polícia poderá desempenhar uma espécie de procedimento padrão, previamente definido pelo órgão ministerial. Nos delitos de maior potencial lesivo, por certo, a presença do *Parquet* é essencial, cabendo-lhe maior grau de intervenção e controle da atividade desempenhada pelas autoridades policiais.

Ocorre que, como visto anteriormente, não basta atribuir a direção da investigação preliminar ao ministério público, estabelecendo limites e contornos para o desenvolvimento da investigação e para a atuação policial no inquérito a cargo do *Parquet*. Num modelo ideal, é igualmente essencial que se assegure a figura do “juiz garante” na investigação preliminar, para que atue como órgão imparcial e responsável pelo controle de legalidade dos atos de investigação pretendidos pelo ministério público, num sistema de controles recíprocos entre os sujeitos processuais. Assim, assegura-se que a investigação será pautada pela legalidade e pelo respeito aos direitos fundamentais assegurados ao sujeito passivo, além de evitar qualquer abuso de poder no curso da investigação.

Para evitar abusos de poder e violação a direitos fundamentais, imprescindível que o Promotor-Investigador dependa de autorização judicial – do juiz da instrução, o “juiz garante” – para proceder a determinadas medidas que impliquem a restrição de direitos fundamentais dos sujeitos passivos, como as cautelares reais e pessoais, conferindo eficácia e respeito às garantias constitucionais asseguradas ao acusado. Ademais disso, cabe ao juiz da instrução realizar o incidente de produção antecipada de provas, autorizar medidas invasivas de investigação – como a quebra de sigilo telefônico e de dados –, e outros.

Desta feita, para além do respeito às garantias processuais e da observância aos princípios que permeiam o processo penal, é preciso que exista uma relação real e transparente de paridade de armas entre defesa e acusação, bem como a essencial e concreta separação entre as funções de acusar e julgar. Ainda mais imprescindível é a exclusão da competência por prevenção do juiz garante, por evidente comprometimento de sua imparcialidade.

No Brasil, atualmente, ocorre exatamente o contrário: o juiz da instrução é prevento para o julgamento da causa, o que configura patente e absurda contradição lógica. A esse respeito, FERRAJOLI (2010c, p. 466) afirma que a garantia da separação representa uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa.

Assim, o modelo do Promotor-Investigador é o único que oferece tal possibilidade, mesmo com todas as aparentes desvantagens, assegurando a real concretização do sistema acusatório e, conseqüentemente, seria o mais adequado ao processo penal brasileiro.

CAPÍTULO 3 – EM BUSCA DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

Esse capítulo se destina a analisar o impacto da implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro, como possibilidade de transformação dos conceitos e paradigmas existentes na investigação preliminar, de modo a efetivar o direito de participação e influência da defesa na fase pré-processual, se há (ou não) realmente a necessidade de constitucionalização do direito processual para fins de eficácia das garantias fundamentais aos investigados, principalmente no tocante ao respeito do contraditório e a ampla defesa desde o início da persecução criminal estatal.

3.1 Audiência de custódia e o processo kafkiano

O processo adjetivado de kafkiano denuncia a ruptura das garantias individuais e fundamentais do homem de ter um processo justo e democrático, representando a burocracia e autoritarismo do órgão julgador e quão prejudicial e danosa é a persecução criminal do Estado contra o indivíduo, perturbando-o em seu íntimo mais profundo.

A precedência do adjetivo processual deriva-se do sobrenome do romancista literário alemão Franz Kafka, especialmente originado de sua obra realista “O Processo”, que narra o drama e desespero vivenciado por um homem que é processado sem saber o motivo, detido pelo Estado e preso num enigma insolúvel que o perturba até o fim da sua vida. A insistência de Joseph K., protagonista da narrativa, em querer saber do que estar sendo acusado é algo predominante na obra de Kafka, rendendo o estilo kafkiano de ser processado, ou seja, quando ao acusado é tolhido de exercer plenamente o direito fundamental de defesa.

No livro, o personagem principal, Josef K.⁵⁸, galgando crescimento na carreira por seus próprios esforços e respeitado pela comunidade que pertencia, porém, numa certa manhã foi detido em seu próprio quarto por dois guardas, sem que lhe fossem explicadas as razões e de forma totalmente arbitrária.

O primeiro capítulo, denominado “Detenção” iniciou o drama de K., investigando sobre os motivos da sua prisão, quem teria lhe acusado, qual teria sido o crime que tivera praticado, indagando ao prefácio da obra (p. 13): “Alguém devia ter caluniado Josef K., pois, sem que tivesse feito mal algum, ele foi detido certa manhã”.

Mais adiante lhe é informado da sua detenção, retrucando o guarda quando K. tenta evadir-se (p. 15-18) “[...] – O senhor não pode ir embora, pois saiba que está detido.” Responde K. “[...] – é o que está parecendo. – Mas e por quê? ”. A resposta que escuta retrata a arbitrariedade e burocracia do sistema: “Não estamos autorizados a dizer isso ao senhor. Vá para seu quarto e espere. O procedimento jurídico acaba de ser aberto, e o senhor ficará sabendo de tudo na hora adequada.”

Josef K. acreditava que havia algum equívoco em sua prisão e que tudo seria esclarecido ao ser convocado para um interrogatório por uma autoridade superior aos guardas que lhe detiveram, contudo, estava enganado, pois nem o inspetor e nem os guardas sabiam sobre o motivo de sua detenção. Lê-se (p. 26):

O inspetor bateu a caixinha de fósforos sobre a mesa. – O senhor está cometendo um grave engano – ele disse. – Esses senhores aqui e eu somos absolutamente secundários para sua causa, e inclusive não sabemos quase nada acerca dela. [...] O senhor está detido, isso é certo, mas mais do que isso eu não sei.

No capítulo posterior, intitulado “Primeiro Inquérito”, narra o suspense, a obscuridade e falta de transparência na condução da investigação da causa que K. estava sendo acusado, explanando as arbitrariedades e mazelas do sistema judiciário ainda permanentes no cotidiano (p. 48).

K. foi avisado por telefone que seria realizado um pequeno interrogatório sobre o seu caso no domingo seguinte. [...] No domingo o tempo estava sombrio. [...] a Juliustrasse, a rua na qual ele deveria comparecer e em cujo início K. ficou parado por um momento, tinha, em ambos os lados, prédios quase completamente uniformes, altos, cinzentos [...] K. penetrou ainda

⁵⁸ Era um trabalhador exemplar e funcionário de destaque e confiança de um grande banco.

mais na ruela, vagaroso, como se agora já tivesse tempo ou como se o juiz do inquérito o estivesse vendo de alguma janela e soubesse, portanto, que K. havia encontrado o caminho.

E ainda (p. 48):

Alguém desceu do estrado de um salto, de maneira que um lugar se tornou livre para K., ao qual ele logo subiu. Estava em pé bem junto à mesa, e o empurra-empurra atrás dele era tão grande que tinha de lhe oferecer resistência caso não quisesse derrubar do estrado a mesa do juiz de instrução que comandaria o inquérito e talvez até mesmo o juiz. Mas o juiz que comandaria o inquérito não estava se importando com isso, e se limitava a ficar sentado com todo o conforto sobre uma poltrona [...]

Esses trechos trazem a idealização de que a justiça pouco se importava para a resolução da causa de K., sendo o acesso demasiadamente complicado para se encontrar e os atos de investigação meramente protelatórios, porquanto não se sabia, ao certo, o que se pretendia.

Ilustra, além disso, que embora K. tenha passado por audiências e cartórios, nunca lhe era informado do crime a ele imputado, não tendo acesso as provas e ao processo por dificuldades puramente burocráticas impostas pelos funcionários do governo. Mais adiante, K. contratou um advogado na esperança de ter alguma saída e também para obter informações sobre o seu caso, mas logo ele foi dispensado, pois também não foi capaz de resolver a questão.

A narrativa se encerra sem que se conheça quem teria denunciado Josef K. às autoridades e, tampouco, o motivo de estar sendo preso, mas expondo com detalhes as mazelas que podem ser provocadas pela persecução criminal com a inobservância de preceitos jurídicos básicos de respeito à dignidade humana e do devido processo legal.

A evolução dos parâmetros processuais com características definidas nos princípios do contraditório, ampla defesa e igualdade entre a defesa e acusação traz ínsitos paradoxos com o processo kafkiano que, por sua vez, é retratado um processo como mera formalidade para obter a condenação.

FERRAJOLI (2010d, p. 483) defende que o processo, antes de tudo e num Estado Democrático de Direito, existe por causa do réu e se justifica como forma de frear as arbitrariedades e tutelar o direito dos inocentes e acusados. Portanto, não existe para

condenar, pelo contrário, existe para garantir que, se punição houver, será precedida das garantias constitucionais na sua mais ampla cognição.

Paradoxalmente, o processo penal brasileiro prevê que o preso em flagrante é conduzido à autoridade policial onde é formalizado o auto de prisão em flagrante e posteriormente encaminhado ao juiz, que decidirá nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, se homologa ou relaxa a prisão em flagrante (em caso de ilegalidade) e a continuação, decidirá sobre o pedido de prisão preventiva ou medida cautelar diversa (CPP, artigo 319).

Acontece que, tudo isso ocorre de forma burocrática e sem a presença do detido, ou seja, o juiz não tem contato com o cidadão preso e, se decretar a prisão preventiva, somente irá ouvi-lo no interrogatório muito tempo depois, após concluído toda a fase investigativa e instrutória da ação penal, pois o interrogatório (oportunidade em que se procede com a oitiva do acusado) é o último ato do procedimento da instrução, com inegável vantagem para o direito de defesa, mas com imenso sacrifício da liberdade.

Verdadeiro processo kafkiano se faz presente na sistemática processualista vigente no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto o acusado não sabe (muita das vezes) as razões que acarretaram a sua prisão, os fatos que lhe são imputados, quem o está acusando, quais são as provas contra ele produzidas, de modo que a sua total ignorância acaba por deslegitimar o processo.

Nessa ordem, o processo não pode ser tratado como somente um registro procedimental de condenação, apenas mais um dado para alimentar as estatísticas, mas, sim, como verdadeira forma de autorizar o cumprimento do dever estatal de punir aqueles que pratica infrações contra a lei e a legitimar a renúncia dos cidadãos de sua liberdade natural.

Sem a humanização do processo, com a observância de todas as garantias e direitos fundamentais do homem, especialmente o contraditório, ampla defesa, igualdade de tratamento entre as partes, dentre tantos outros, não há que se falar em devido processo legal ou democrático.

A realização da audiência de custódia com a oitiva do custodiado logo depois da prisão pretende sanar e humanizar as relações processuais, dando um rosto ao processo

e lembrando ao julgador que está a se tratar de uma vida humana, a liberdade de um homem.

A consumação do direito de apresentação, embora tardiamente introduzida a realidade, nesse sentido, representa respeito à dignidade da pessoa humana, criando condições de possibilidade para a plena eficácia da garantia da jurisdição, consagrando a oralidade (direito de audiência e direito da autodefesa), derrubando os muros construídos nas fronteiras do Poder Judiciário e o povo, e ainda dando eficácia do direito de ser julgado em um prazo razoável.

Nesta audiência com a possível oitiva do custodiado, melhor poderá o juiz aferir os critérios de necessidade e adequação das medidas cautelares diversas ou, em último caso, da prisão preventiva. E, acima de tudo, esse interrogatório previne a prática de maus tratos e tortura, atendendo um mínimo de evolução civilizatória e democrática, de respeito ao cidadão, que não pode ficar preso, de forma indefinida, sem sequer ser ouvido pelo juiz, rompendo a ignorância kafkiana sobre o processo.

3.2 O sistema processual brasileiro e contornos do contraditório como exercício do direito defesa

Não há ordem jurídica, não há vida civilizada, não há segurança, não há paz, não há legitimidade, sem que o poder estatal expropriatório da liberdade e propriedade das pessoas seja regulamentado através de um procedimento legal que garanta o exercício do direito de defesa por quem eventualmente sofrerá as consequências persecutórias. O direito de defesa, portanto, manifesta em todos os preceitos emanados do Estado, como necessidade para a conservação da ordem legal.

O conhecimento sobre as “regras do jogo” é de fundamental importância para o exercício pleno do direito de defesa, pois nada adiantaria assegurar o contraditório e a ampla defesa sem que houvesse meios legais claros de como exercê-los.

Tais garantias são indissociáveis para que o exercício do poder estatal tenha legitimidade de atuação a fim de aplicar sanções e expropriações, porquanto assegurados os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos na construção da decisão justa e imparcial.

A garantia do devido processo legal remonta à Magna Carta inglesa de 1215, que se preocupava em exigir um processo como formalidade necessária para imposição de penas restritivas de direitos, de forma a obstaculizar os prováveis abusos praticados pelo rei.

No Brasil, foi com a Constituição do Império de 1824 que primeiro se teve notícia da observância do contraditório e da ampla defesa no sistema processual interno, mesmo que de forma implícita, ao consagrar as garantias individuais do homem e o devido processo legal:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta.⁵⁹

As Constituições de 1891 (Artigo 72, §§ 15, 16)⁶⁰ e de 1934 (Artigo 113, (24; 26;))⁶¹ asseguraram, de forma expressa, o exercício do amplo direito de defesa como direito fundamental a ser observado no processo. Já na Constituição de 1937, de cunho totalitário⁶², não foram previstas garantias do exercício do direito de defesa no processo.

As garantias processuais voltaram a ter assento constitucional nas Constituições de 1946 e 1967, embora nesta última a sua tímida influência para a observância plena das garantias porquanto o regime militar implantado à época fora predominantemente marcado por abusos do poder de polícia e perseguições políticas aos opositores do governo.

⁵⁹ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm]. Acesso em: outubro de 2016.

⁶⁰ Artigo 72 [...]§ 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada. § 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.

⁶¹ Artigo 113 [...] 24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta. [...] 26) Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.

⁶² À época histórica remonta a instauração do Estado Novo por Getúlio Vargas.

Com o fim do regime ditatorial, e, conseqüentemente, de diversos abusos pessoais e processuais, foi promulgada a democrática Constituição Federal de 1988, ainda vigente nos dias atuais, assegurando de forma clara os princípios do contraditório e da ampla defesa como direitos fundamentais das pessoas e essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Assim, no sistema brasileiro, atualmente o contraditório passou a ser garantido a qualquer tipo de processo, tanto judicial como administrativo, sendo todos os atos processuais acompanhados pelas partes de forma a propiciar a chegada a um resultado final imparcial e de respeito a todas as fases legais possíveis.

O princípio do contraditório é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, sendo corolário do princípio do devido processo legal, caracterizado pela possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios de defesa em direito admitidos. Não se trata de uma benesse do Estado aos seus governados, mas uma questão de ordem pública essencial a qualquer país que pretenda ser, minimamente, democrático.

CARNELUTTI (2002, p. 67) define que o contraditório é um instrumento processual que possibilita o aparecimento da verdade, pois é ele que instiga “as partes combaterem uma com a outra, batendo as pedras, de modo que termina por fazer com que solte a centelha da verdade”.

O contraditório, segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2008, p. 61-63) é composto por dois elementos essenciais, informação e reação: a) informação, consiste no direito da parte de ser cientificado da demanda e de todos os atos da parte contrária para que possa defender seus direitos; e b) reação, ou participação, engloba a possibilidade de exame das provas constantes do processo e o direito produzir outras provas que lhe interessar na busca do exercício do direito de defesa.

Cabe mencionar o chamado contraditório diferido, que surge quando da necessidade da produção de provas urgentes, que devam ser produzidas de forma imediata, sob pena de se tornarem inúteis ou mesmo inviáveis, segundo explica LOPES JR. (2014g, p. 172-173), como nossa legislação, em momento algum, exigiu que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato, em tais casos o contraditório real dará lugar ao diferido (ou prorrogado), garantindo-se, após o término da diligência, ao investigado e ao acusado o

direito de impugnar a prova obtida e oferecer contraprova, podendo assim se manifestar sobre tais atos.

Ocorre que, conforme ensina TOURINHO FILHO (2012b, p. 63-64), em tempos passados o princípio do contraditório era entendido apenas sob um prisma negativo, como o direito de manifestar-se contrariamente a qualquer ação da outra parte no processo.

Hodiernamente, entretanto, passou o contraditório a ser entendido de maneira mais ampla, como a atuação positiva da parte em todos os passos do processo, influenciando diretamente em quaisquer aspectos que sejam importantes para a decisão do conflito. Deixou de ser apenas um elemento para a dialética do processo, passando a ser a participação efetiva na totalidade do processo em busca do sentimento de justiça em face do bem jurídico que se deseja proteger.

A dimensão atual do contraditório impõe a efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito. Às partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz.

A principal finalidade do contraditório deixou de ser a apresentação de defesa pelo réu, para passar a ser a influência no desenvolvimento e no resultado do processo, razão pela qual constitui direito não só do réu, mas também do autor. O contraditório constitui expressão da participação: todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício. É o que se vem denominando de contraditório substancial.

Indo, além disso, o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, sendo sinônimo de diálogo judicial que consagra uma verdadeira garantia de democratização do processo. Assegura-se, assim, às partes o direito de participação no processo mediante a utilização de todos os meios e armas permitidos pelo direito, objetivando o convencimento do magistrado, e este, por sua vez, deve ter a liberdade possível e necessária para proferir um julgamento favorável a quem realmente possua o direito em questão.

Pode-se definir o contraditório como o princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão e a oportunidade de acesso à justiça e de exercício do direito de defesa. E mais, a possibilidade das partes e ao juiz, em cooperação, chegarem à solução da lide de forma equitativa e justa a resolver o conflito social posto a julgamento.

Por tais razões, o contraditório deve ser entendido como garantia efetiva de participação das partes no litígio, podendo, em plena igualdade, influírem em todos os elementos que possam ser relevantes para a decisão final.

3.3 Concepção da investigação preliminar a partir da implantação da audiência de custódia

Vislumbrando a crise de legitimidade dos sistemas penais, Ferrajoli elaborou estudo sobre o garantismo penal em sua obra *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, baseada, essencialmente, no respeito à dignidade da pessoa e seus direitos fundamentais.

FERRAJOLI (2010e, p. 785-786) expõe três significados do termo garantismo. O primeiro designa um modelo normativo de direito, ou modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de direito. É um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação e cada exercício de poder em contraste com normas superiores postas para tutela de direitos fundamentais.

O sistema de poder mínimo se caracteriza por minimização da violência e maximização da liberdade, um sistema de vinculação entre a função punitiva do Estado e a garantia dos direitos dos cidadãos. O Estado de direito, assim, seria sinônimo de garantismo na medida em que aquele é nascido com as constituições modernas e caracterizado pelo princípio da legalidade, onde todos estão subordinados às leis gerais que regulam o controle de legitimidade por parte da independência judicial.

As vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação de direitos sociais também caracterizam este Estado de direito, em um plano substancial, procurando garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

O segundo significado designa uma teoria jurídica de validade e da efetividade, em que há divergência entre a normatividade e a realidade, entre o direito válido e o direito efetivo. Permite-se a crítica da perda da legitimação desde o interior das normas vigentes inválidas.

O terceiro significado designa uma filosofia política, pressupondo a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre o ser e o dever ser do direito. Ou seja, neste último significado permite-se a crítica da perda da legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, ou ainda entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento. O Estado é tido como instrumento de satisfação dos direitos fundamentais.

O garantismo tem, em sua ótica, a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos que se realizam historicamente por meio da sua positivação no Estado de direito. Passando pelas primeiras formas de Estado até a atualidade, as constituições, os códigos, as leis e a jurisprudência sempre afirmaram a forma e o monopólio estatal da produção jurídica, razão pela qual a legalidade vem sendo considerada sempre uma via segura para a observância do garantismo.

Nesse sentido, a função garantista do direito consiste, em suma, na limitação dos poderes e no correspondente a exponencial a liberdade. Tanto a liberdade quanto a igualdade dependem das leis, cuja função é realizar a liberdade de todos através de fixação de limites.

Em suas conclusões, enumera dez axiomas que se destacam para definir o modelo garantista penal: *nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade em relação ao delito); *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade); *nulla lex poenalis sine necessitate* (princípio da necessidade do direito penal); *nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade); *nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade); *nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); *nulla culpa sine*

iudicio (princípio da jurisdicionariedade); *nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); *nulla accusatio sine probatione* (princípio ônus da prova ou da verificação); *nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa).

Na medida em que tais princípios estejam incorporados no ordenamento positivo sob a forma de princípios legais, constituem parte do modelo normativo de legitimidade jurídica ou de validade.

Apegando-se a máxima do *nulla probatio sine defensione* (direito do contraditório e a ampla defesa) como método de comprovação da verdade e o direito de o juiz imparcial ouvir a outra parte, considerar seus argumentos e, decidir justamente e evitando penas arbitrárias e desproporcionais, sendo característica essencial para o Estado que se pretende democrático de direito.

O estudo do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual (investigação preliminar) é tema de acalorados debates na doutrina, uns com sentimentos favoráveis à sua aplicação e outros que defendem a sua restrição, igualmente fundamentados.

Para parcela da doutrina, o simples fato de afirmarem tratar-se de uma defesa pré-processual já significa não ser o inquérito um processo e, pela sistemática constitucional, em meros procedimentos administrativos afasta-se a incidência do contraditório.

Sustentam que, tanto na forma como o inquérito policial foi idealizado em sua origem, quanto em seu significado, traduz-se em um procedimento administrativo, de caráter inquisitório, consubstanciado em uma peça de informação, sem rito preestabelecido, visando apurar a materialidade e a autoria de um fato criminoso. Tratando-se de um mecanismo inquisitorial, afasta-se a possibilidade de defesa e, consequentemente, a incidência do contraditório.

Argumentam, em seu ponto de vista, que o princípio do contraditório tornaria inócuo o procedimento investigatório, ferindo o êxito das investigações e causando maior demora nas conclusões, com prejuízo evidente à persecução criminal do Estado e a efetividade da aplicação da lei penal.

Outra razão que fundamenta a inexistência do contraditório no inquérito policial é a inexistência de acusação. A Constituição Federal assegura este direito aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, figuras estas (litigantes e acusados) que não existem no inquérito policial, além de ser um procedimento administrativo, e não um processo.

Nesse caminho são as lições de MORAES (2006b, p. 256):

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

No inquérito não há solução de conflitos a ser equacionada pelo delegado de polícia, não há lide entre as partes, não havendo nem mesmo partes. Ao definirmos o princípio do contraditório pela expressão “ouça-se também a outra parte”, possibilitando, a ambas, resposta e utilização de todos os meios de defesa, percebe-se a inexistência do contraditório pois não haveria outra parte a ser ouvida, não podendo se falar nem mesmo em presença de partes.

De outro lado, não há consequência sancionatória direta ao investigado decorrente do inquérito policial, fato que também afasta o contraditório em procedimentos com esta natureza, isso porque eventual sanção penal, se existir, advirá de decisão judicial, após instrução criminal contraditória, mas não do inquérito. Não se pode entender, desse modo, que a expressão processo administrativo, presente no texto da Constituição, engloba o inquérito policial por conta que esta tipificação somente se enquadra nos processos instaurados pela Administração Pública para apurar infrações administrativas, onde se faz possível a aplicação de uma sanção, o que não ocorre no âmbito do inquérito policial.

Afasta-se qualquer imposição do contraditório ao inquérito policial, mero procedimento administrativo de caráter inquisitivo, em que as atividades persecutórias, além de não fazerem parte de um processo judicial, concentram-se nas mãos de uma única autoridade, o delegado de polícia, diferentemente do processo judicial acusatório, em que as funções de julgar, acusar e defender são distintas, onde se torna obrigatório o contraditório, até porque, ao final, possível a aplicação de uma sanção concreta.

Ao se entender o contraditório como a atuação positiva da parte em todos os passos do processo, influenciando diretamente em quaisquer aspectos que sejam importantes para a decisão do conflito, mais uma vez percebe-se que no inquérito, mero procedimento, não há qualquer tipo de conflito de interesses.

Também não se fazem presentes no inquérito policial os três elementos essenciais ao contraditório, quais sejam, notificação dos atos processuais à parte interessada, participação das partes a estes atos e paridade de armas. Numa simples análise de um concreto inquérito policial já se permite concluir que nenhum destes elementos existe na fase investigativa, não se confundindo a presença de advogado com a notificação e participação a todos os atos policiais. Não há ciência bilateral dos atos e termos policiais e nem a possibilidade de contrariá-los.

Em análise a caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se ser o inquérito policial mera peça informativa destinada à formação da *opinio delicti* do ministério público, assim, “[...] não cabe o amplo contraditório em nome do direito de defesa no inquérito policial, que é apenas um levantamento de indícios que poderão instruir ou não denúncia formal que poderá ser recebida ou não pelo juiz.”⁶³

No mesmo sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em voto do ministro Sepúlveda Pertence:

O princípio da ampla defesa não se aplica ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial. [...] No caso vertente, consta que as investigações correm em segredo de justiça, o que não macula o princípio constitucional da ampla defesa, haja vista que na fase inquisitorial não se cogita da incidência deste princípio, tampouco o do contraditório e o do devido processo legal [...]. Aqui também se torna necessário, buscando exaurir o tema proposto, analisar a questão da garantia do contraditório e as provas irrepetíveis a se realizarem no inquérito policial. Acerca do tema já se manifestou o STF, da seguinte forma: “o dogma deriva do princípio constitucional do contraditório de que a força dos elementos informativos colhidos no inquérito policial se esgota com a formulação da denúncia tem exceções inafastáveis nas provas a começar pelo exame de corpo de delito, quando efêmero o seu objeto, que, produzidas no curso do inquérito, são irrepetíveis na instrução do processo, porque assim verdadeiramente definitivas. A produção de tais provas no inquérito policial há de observar com vigor as formalidades legais

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma - RHC nº 3.898-5/SC. Rel. Min. Edson Vidigal.

tendentes a emprestar-lhe maior segurança sob pena de completa desqualificação de mera idoneidade probatória.⁶⁴

Não se permite o contraditório de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, pois durante o inquérito o indiciado é um simples objeto de investigação, não se fazendo presentes acusação nem defesa, cabendo apenas à autoridade policial proceder às pesquisas necessárias a fornecer elementos e informações para eventual propositura da ação penal, pois além de contrariar a natureza jurídica do inquérito policial, procedimento inquisitorial-administrativo, aplicar-se o contraditório nessa fase investigativa geraria sérias dificuldades que inviabilizariam a sua realização.

Mesmo a alteração legislativa ocorrida em 2016, exigindo a presença de advogado para o indiciamento do investigado, bem como se possibilitando a entrevista reservada do indiciado com o defensor, não teria o condão de reconhecer a aplicação do contraditório no inquérito, mas uma mera adequação do Código Processual à Constituição Federal, funcionando o advogado apenas como tutor das garantias fundamentais do cidadão investigado.

Portanto, não sendo atividade decisória a praticada no inquérito policial e não havendo nenhum exercício da jurisdição, seria inaplicável o exercício do contraditório na fase de investigação.

A audiência de custódia garante ao custodiado o direito de ser apresentado ao juiz competente e imparcial e ser ouvido sobre os fatos e argumentos que acarretaram a sua prisão, de forma a possibilitar condições, ao sujeito passivo na investigação preliminar, de exercer o direito de defesa.

Na audiência de custódia ocorre a apresentação do preso em flagrante (cauteladamente ou até mesmo capturado definitivamente) diretamente ao juiz, acompanhado do advogado (particular ou público) e promotor de justiça, possibilitando que o indiciado ou acusado exerça a sua defesa, relatando a sua versão para o julgador, indicando provas (testemunhas, por exemplo), seria, portanto, a definitiva inserção do contraditório e a ampla defesa antes mesmo de que haja instaurada uma ação penal?

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 74751/RJ, 1ª Turma, 04 de novembro de 1997. Relator Min. Sepúlveda Pertence.

A implantação desse direito à realidade brasileira, nessa perspectiva, entra em consonância com importantes princípios constitucionais que norteiam todo ordenamento jurídico, destaca-se, o devido processo legal, a não culpabilidade, o juízo natural, a imparcialidade do julgador, a liberdade, e, principalmente, o contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, logo depois da efetividade garantista da proteção humana da persecução penal do estado, instaurar-se-ia o inquérito policial visando garantir elementos para formação do *opinio delicti* do ministério público, tal como instrumentar eventual propositura da ação penal. Porém, a contrassenso da evolução do direito e do próprio processual criminal, o inquérito permanece com características inquisitoriais, por não oportunizar o efetivo contraditório em sua elaboração, o caráter sigiloso, além de seus atos estarem reunidos a uma única autoridade com alto poder de discricionariedade de atuação e investigação.

Molda-se a ideia, desse modo, de que princípios constitucionais sejam também aplicados à fase investigatória preliminar, quando houver compatibilidade, respeitando o devido processo legal, como ferramenta de garantia às pessoas investigadas e que sofrem a persecução penal do Estado. Isto significa dizer que na medida em que a apresentação do preso ao juiz viabiliza o efetivo exercício dos direitos constitucionalmente garantidos, a propensão disso é a possível e necessária constitucionalização do inquérito policial, ou então, a sua extinção na forma como atualmente concebemos.

LOPES JR. (2014h, p. 467) afirma que o artigo 5º, LV da Constituição Federal não pode ser interpretado de forma restritiva, abrangendo o seu conteúdo aos acusados em geral e de todos que sofrem a persecução criminal do Estado, complementando que:

[...] a expressão empregada não foi só acusados, mas, sim, acusados em geral, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento de qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser imputação em sentido amplo. Em outras palavras, qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o sujeito passivo.

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da Justiça. Não obstante, exige especial atenção ao dilema que pode gerar o direito de defesa sem qualquer limite, pois poderia criar um sério risco para a própria finalidade da investigação preliminar.

Nesse sentido, também, advoga LOPES JR. (2014i, p. 468-469):

É importante destacar que, quando falamos em ‘contraditório’ na fase pré-processual, estamos fazendo alusão a seu primeiro momento, da informação. Isso porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Contudo, esse direito à informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que através dele que seja exercida a defesa.

A defesa da existência do contraditório no inquérito policial, dá-se por entender que o texto constitucional, ao mencionar “acusado” e “processo administrativo”, engloba toda situação passível de restrição de direitos individuais, equiparando o indiciado ao acusado numa interpretação sistemática constitucional.

Tanto a ampla defesa quanto o contraditório devem incidir em qualquer tipo de acusação, desde a fase pré-processual da investigação criminal até o final do processo de conhecimento, uma vez que a fase preliminar, por estabelecer culpa ou os seus indícios, deva ser contraditória, cercada das necessárias garantias de defesa, tendo o investigado interesse a resguardar a sua liberdade, intimidade e, principalmente, dignidade frente aos seus pares.

Isso porque, o inquérito policial, servindo de base à denúncia ou queixa e fundamentando um despacho judicial, que resultará para o indiciado o mal do processo criminal, é essencial que se garanta o contraditório e com isso se consagre o senso de justiça, dando prioridade ao direito à liberdade. Como o indiciado tem interesse legítimo e relevante em se defender, afastando eventuais futuras acusações, devem-lhe ser assegurados todos os tipos de garantia, dentre elas a ampla defesa e o contraditório.

A propósito, TUCCI (2004, p. 102) expressa que a ampla defesa e o contraditório devem estar presentes em todo e qualquer tipo de acusação, mesmo que não formal:

[...] à evidência que se deverá conceder ao ser humano enredado numa *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contrariedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou da execução seja absolutório ou condenatória a sentença proferida naquele.

Tais posicionamentos ganham fôlego, com a alteração legislativa introduzida pela a Lei nº 13.245/2016, posterior a audiência de custódia, a qual exige a presença de advogado no interrogatório policial e a possibilidade de apresentação de manifestações pela defesa, dando reforço aos que argumentam a existência do contraditório na investigação preliminar brasileira, devido a possibilidade de o indiciado realizar uma defesa pré-processual, com a participação do defensor.

Desse modo, com a implantação de novas garantias processuais aos indiciados desde a investigação preliminar é possível atender ao contraditório de informação e influência⁶⁵ e não em sua plenitude, possibilitando apenas aos indiciados o direito de se manifestarem sobre as provas produzidas nessa fase procedimental, de inquirir testemunhas, indicar novas provas, de forma que se resguarde a efetividade da aplicação da lei penal e o mínimo exercício do direito à ampla defesa.

⁶⁵ “[...] O princípio do contraditório, na concepção tradicional, resume-se a um mero debate entre as partes, enquanto na composição moderna, o conceito vai muito além, trazendo em seu bojo uma verdadeira garantia de que sua manifestação será essencial ao desencadear do processo (garantia de influência) e que o juiz não transcenderá daquilo que foi trazido pelas partes para elucidação da lide (garantia de não surpresa).” (LEÇA, 2012)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é o respeito ao devido processo legal, que consiste em um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e ao mesmo tempo de proteção do indivíduo em face do poder estatal, fundamentando, assim, a sua existência na ótica garantista do processo penal. Corolário do devido processo legal, estão outros princípios fundamentais, quais sejam, a ampla defesa e o contraditório.

A ampla defesa é a garantia de acesso a todos os meios de provas legalmente permitidos em direito. Já o princípio do contraditório, caracteriza-se no direito que as partes têm de se manifestar sobre qualquer fato alegado ou prova produzida pela parte contrária, de modo que influencie no resultado da demanda e se obtenha uma decisão justa e democrática.

Os princípios que constituem o caráter dialético do processo judicial, equacionando o direito de punir do Estado ao tão importante direito de liberdade do acusado, pressupõe a defesa ter acesso aos autos do processo ou procedimento, a todos os documentos e informações nele contidos, a possibilidade de manifestação e, também, o direito de ver seus argumentos apreciados e analisados pelo órgão julgador, de forma a prestigiar o ordenamento constitucional brasileiro esculpido no artigo 5º, inciso LV, da CF/88, que dispõe acerca da observância do contraditório e a ampla defesa em todos os processos, sejam eles judiciais ou administrativos, sob pena de inobservância do devido processo legal.

O sistema processual penal brasileiro, apesar da diretriz constitucional a respeito do tema, outorgou especialmente a polícia o dever de conduzir a investigação da ocorrência de um fato considerado criminoso, reunindo os elementos que esclareçam a materialidade da infração penal e a autoria delitiva para fins de que o Ministério Público possa, ao seu critério de convencimento, deflagrar processo judicial através da peça de acusação.

A investigação preliminar, portanto, é um instrumento formal de averiguação, enquadrado na fase pré-processual da atividade persecutória criminal do Estado, tendo como objeto identificar a materialidade de uma infração penal e sua respectiva autoria, visando guarnecer elementos para formação do *opinio delicti* do Ministério Público, tal como para instrumentar eventual propositura da ação penal.

Porém, a contrassenso da evolução do direito constitucional, processual criminal e cultural, permanece a investigação preliminar com características marcantes do sistema inquisitorial, na medida em que ainda não é oportunizado ao indiciado o mínimo direito de exercer o contraditório de modo que lhe permita influenciar na opinião do órgão acusador.

Mesmo levando-se em conta a atual exigência de presença de advogado no interrogatório e a possibilidade da defesa técnica acompanhar os atos investigativos depois da vigência da Lei nº 13.245/16, isso não significou dizer a consagração do contraditório no procedimento investigativo policial, em virtude de ainda permanecer as características inquisitoriais, sobretudo porque o advogado funcionará apenas como mero tutor de garantias e não influenciará no resultado do procedimento.

A apresentação do preso em flagrante diretamente ao juiz, acompanhado do advogado (defensor público) e promotor de justiça, constitui, assim, grande avanço na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente porque garante ao custodiado ser ouvido imediatamente pelo juiz, homenageando, dessa forma, o contraditório de influência antes mesmo da instauração da ação penal.

A implantação do direito de apresentação pessoal ao juiz à realidade brasileira consagra importantes princípios constitucionais que norteiam todo ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se, principalmente, o devido processo legal, e seus corolários, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, arquiteta-se a ideia de que princípios constitucionais sejam também aplicados à fase investigatória preliminar, quando houver compatibilidade, respeitando o devido processo legal, como ferramenta de garantia às pessoas investigadas e a efetividade da aplicação da lei penal.

Isso porque, na medida em que a apresentação do preso ao juiz viabiliza o efetivo exercício dos direitos constitucionalmente garantidos, a propensão disso é a

possível e necessária constitucionalização da investigação preliminar, ou então, a sua extinção na forma como atualmente concebemos.

Vale a pena ressaltar que ainda existem posições contrárias, que defendem a manutenção do caráter inquisitório, baseados no argumento de que essa fase investigativa não advirá nenhum tipo de sanção à pessoa investigada por trata-se de um procedimento administrativo. Não obstante, respeitadas as opiniões em contrário, a estigmatização causada por um inquérito mal construído e sem respeito ao direito de defesa, ofenderia frontalmente a imagem, a honra e a dignidade da pessoa humana.

Nada prejudicará a aplicação do mínimo contraditório de influência e informação ao êxito das investigações, muito pelo contrário, possibilitará a reformulação do sistema de garantias processuais combinado com a efetividade da aplicação da lei penal, porquanto potencialmente evitará a propositura de ações penais desnecessárias, que confrontam a economia processual e a dignidade humana.

Portanto, sob o prisma da nova ordem constitucional, com a implementação de novas garantias processuais aos indiciados, é possível atender ao contraditório de influência e informação, e não em sua plenitude, possibilitando aos indiciados apenas o direito de se manifestarem sobre as provas produzidas nessa fase procedimental, de inquirir testemunhas, indicar novas provas, de modo que se resguarde a efetividade da aplicação da lei penal e o direito de ampla defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2016.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*. - 6ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

BONFIM, Edison Mougnot. *Curso de Processo Penal* – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CRUZ, Rogério Shietti. *Audiências de custódias vão contribuir para a redução da tortura*. 11.01.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-11/rogerio-schietti-cruz-audiencias-custodia-reducao-tortura>. Acesso em: julho de 16.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional* – 10 ed. – Salvador: Juspodvim, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al – 3ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010.

HOFFMANN, Henrique. *Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório*. Artigo publicado na revista Consultor Jurídico. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>>, acesso em fevereiro de 2016.

HOLANDA, Marcos de. *O habeas corpus ao alcance de todos*. Fortaleza: ABC, 2004. apud ALBUQUERQUE, Márcio Vitor Meyer de. *A evolução histórica do habeas corpus e sua importância constitucional e processual como forma de resguardar o direito de liberdade*, 2007. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041665.pdf>>. Acesso em:

setembro de 2016.

KAFKA, Franz. ***O processo***; organização, tradução, prefácio e notas de Marcelo Backes – Porto Alegre: L&PM, 2016.

LEÇA, Laíse Nunes Mariz. ***O princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa no Projeto do Novo Código de Processo Civil***. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <
http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11664
>. Acesso em abr 2017.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. ***Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. ***Direitos Fundamentais*** – 2ª ed. – São Paulo: Editora DelRey, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. ***Manual de Processo Penal***, volume 1 – Rio de Janeiro: Impetus, 2011

LOPES JR. Aury; PAIVA Caio. ***Audiência de custódia e imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo***. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 5-17, jun./jul. 2014. Disponível em:
http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos. Acesso em: outubro de 2016.

LOPES JR., Aury. ***Investigação preliminar no processo penal*** – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. ***Sistema de investigação preliminar no processo penal***. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

_____. ***Direito Processual Penal***. – 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, JR; ROSA, Alexandre Moraes da. ***Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia?***. Revista Consultor Jurídico, 20 de fevereiro de 2015, 8h00. Disponível em:
<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>. Acesso em: outubro de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 12ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Muracho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* - 19ª ed. – São Paulo: Atlas, 2006

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2572>. Acesso em: março de 2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Audiência de Custódia via CNJ: entre o mérito e a forma. 08/01/2016*. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/audiencias-de-custodia-via-cnj-entre-o-merito-e-a-forma-por-romulo-de-andrade-moreira/>. Acesso em: julho de 16.

NOVAES, Felipe. *Sistemas de Investigação Preliminar: A (Im)Possibilidade dos Juizados de Instrução*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/03/19/sistemas-de-investigacao-preliminar-a-impossibilidade-dos-juizados-de-instrucao/>>, acesso em outubro de 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. - 11ª ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro* – 2ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Eduardo Brandão – São Paulo: Pinguim Classies Companhia das Letras, 2011.

TAKEDA, Tatiana de Oliveira. *A origem e missão do advogado*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7667>. Acesso em fevereiro de 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 1* – 34ª ed. - Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória*. IBCCRIM, ANO 24, ISSN 1676-366, junho de 2016.

VICENTINO, Cláudio. *História Geral e do Brasil* - 1ª ed. - São Paulo: Scipione, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública*. Entrevistadora: Julita Lemgruber. Entrevista concedida à Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 1, Edição 1, 2007. Brasília: SENASP, p. 130-139. Disponível em < <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/download/36/34>>, acesso em 30.01.2016.

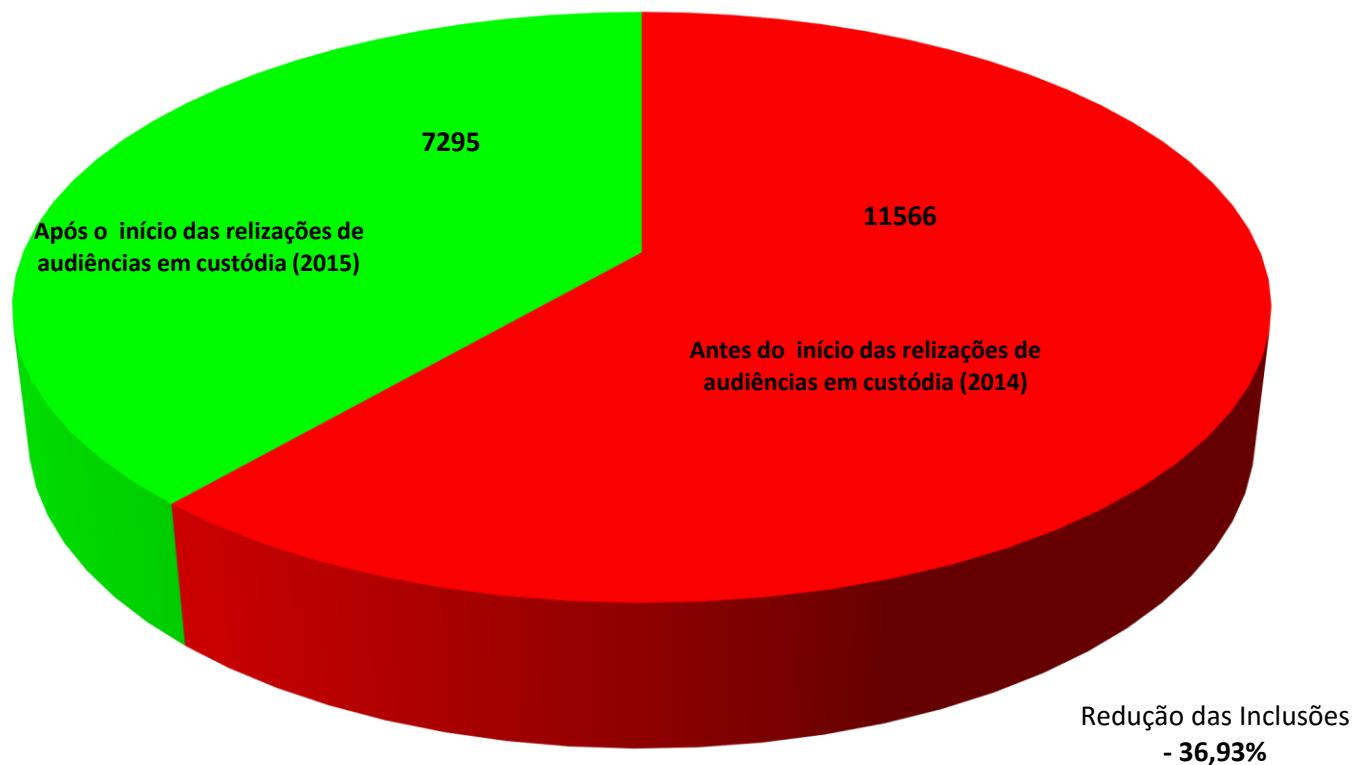
WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos* – 2ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ANEXO 1



Comparativo Geral de Inclusões - Audiências de Custódia (1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª Seccionais e Delegacias Especializadas)

Antes do início das realizações de audiências em custódia (De:24.02.2014 - Até: 30.09.2014)	11566
Após o início das realizações de audiências em custódia (De:24.02.2015 - Até: 30.09.2015)	7295



ANEXO 2

NOVO DIAGNÓSTICO DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL

*Departamento de Monitoramento e Fiscalização do
Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas
Socioeducativas - DMF*

Brasília/DF, junho de 2014.

PRISÃO DOMICILIAR

- ☐ **Novo paradigma da população carcerária;**
- ☐ **Incremento no déficit de vagas;**
- ☐ **Modificação no percentual de presos provisórios no Brasil e nos Estados.**

Processo 2014.02.00.000639-2

UF	População Carcerária (M/F) CNIEP14	% Presos Provisórios	Capacidade (Vagas)	Déficit (Vagas)	Presos em cumprimento de prisão domiciliar	Total de presos (população carcerária + prisão domiciliar)	Déficit de Vagas (c/ presos domiciliares)	Novo % de presos provisórios
AC	4.320	27%	2.487	1.833	198	4.518	2.031	26%
AL	2.531	55%	1.813	718	480	3.011	1.198	47%
AM	5.276	63%	3.615	1.661	441	5.717	4.056	57%
AP	2.523	30%	1.609	914	1.662	4.185	2.576	18%
BA	13.913	64%	10.712	3.201	484	14.397	3.685	62%
CE	15.447	59%	11.015	4.432	847	16.294	5.279	56%
DF	13.200	26%	6.629	6.571	6.277	19.477	12.906	17%
ES	15.548	43%	12.869	2.679	27	15.575	2.706	43%
GO	12.059	53%	8.361	3.698	1.058	13.117	4.756	49%
MA	6.315	57%	5.501	814	2.226	8.541	3.040	42%
MG	57.498	49%	36.098	21.400	10.954	68.452	32.354	41%
MS	13.513	31%	7.357	6.156	775	14.288	6.931	30%
MT	10.321	52%	6.632	3.689	1.067	11.388	4.756	48%
PA	12.172	43%	8.434	3.738	1.007	13.179	4.745	40%
PB	9.270	38%	5.892	3.378	8	9.278	3.386	38%

Processo 2014.02.00.000639-2

UF	População Carcerária (M/F) CNIEP14	% Presos Provisórios	Capacidade (Vagas)	Déficit (Vagas)	Presos em cumprimento de prisão domiciliar	Total de presos (população carcerária + prisão domiciliar)	Déficit de Vagas (c/ presos domiciliares)	Novo % de presos provisórios
PE	30.149	50%	8.956	21.193	175	30.324	21.368	50%
PI	3.240	68%	2.780	460	30	3.270	490	68%
PR	28.309	41%	23.680	4.627	1.347	29.656	5.974	39%
RJ	35.611	38%	29.037	6.574	1.842	37.453	8.416	37%
RN	6.842	34%	5.625	1.217	131	6.973	1.348	34%
RO	7.674	20%	4.981	2.693	2.247	9.921	4.940	16%
RR	1.676	41%	1.218	458	99	1.775	557	39%
RS	27.336	37%	21.063	6.273	3.177	30.513	9.450	33%
SC	16.366	30%	11.589	4.777	14.472	30.838	19.249	16%
SE	4.666	76%	2.841	1.825	3.646	8.312	5.471	43%
SP	204.946	35%	114.498	90.448	92.150	297.096	182.598	24%
TO	2.805	46%	1.927	878	1.110	3.915	1.988	33%
TOTAL	563.526	41%	357.219	206.307	147.937	711.463	354.244	32%

Gráfico Número de Pessoas Presas no Brasil

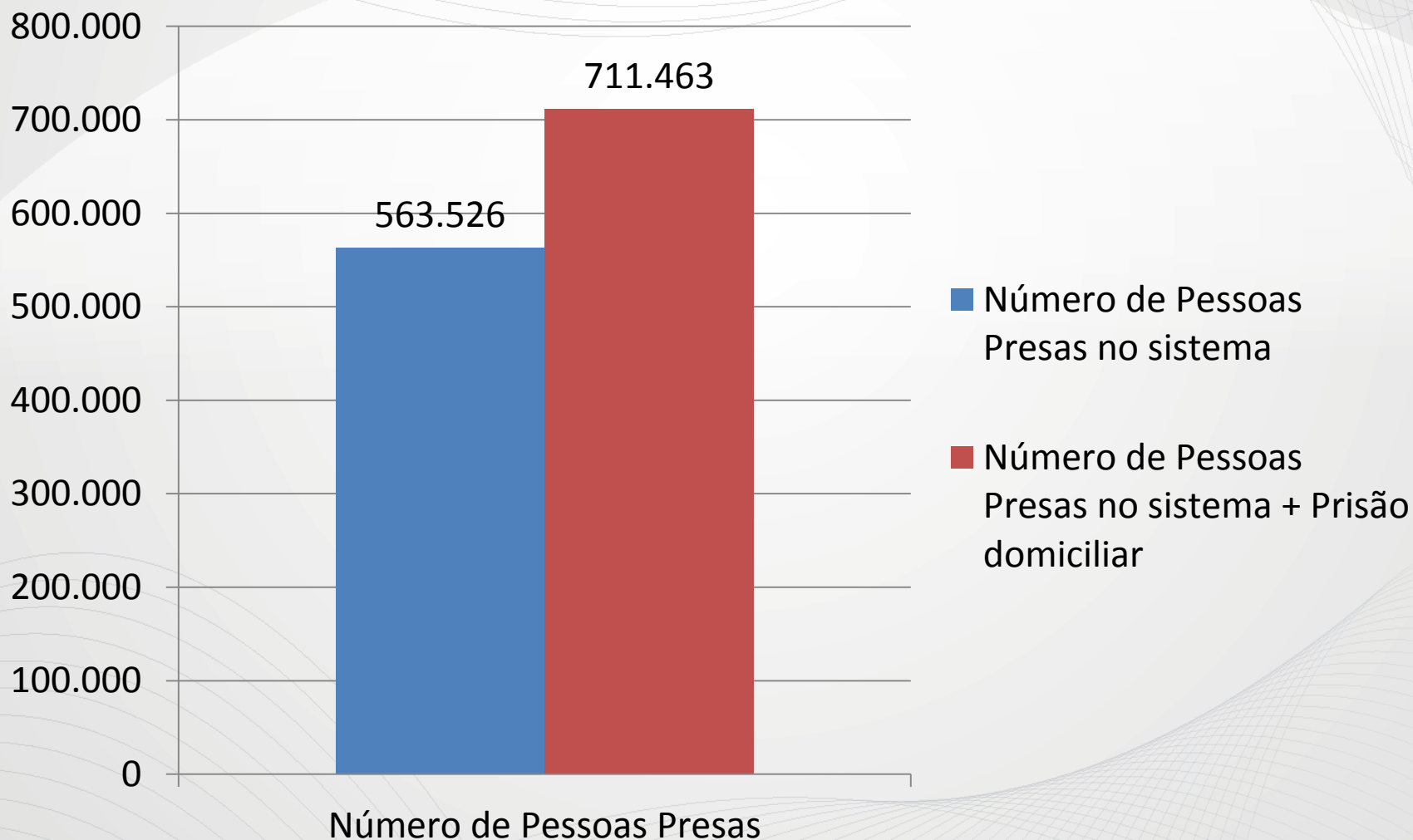


Gráfico Déficit de Vagas no Brasil

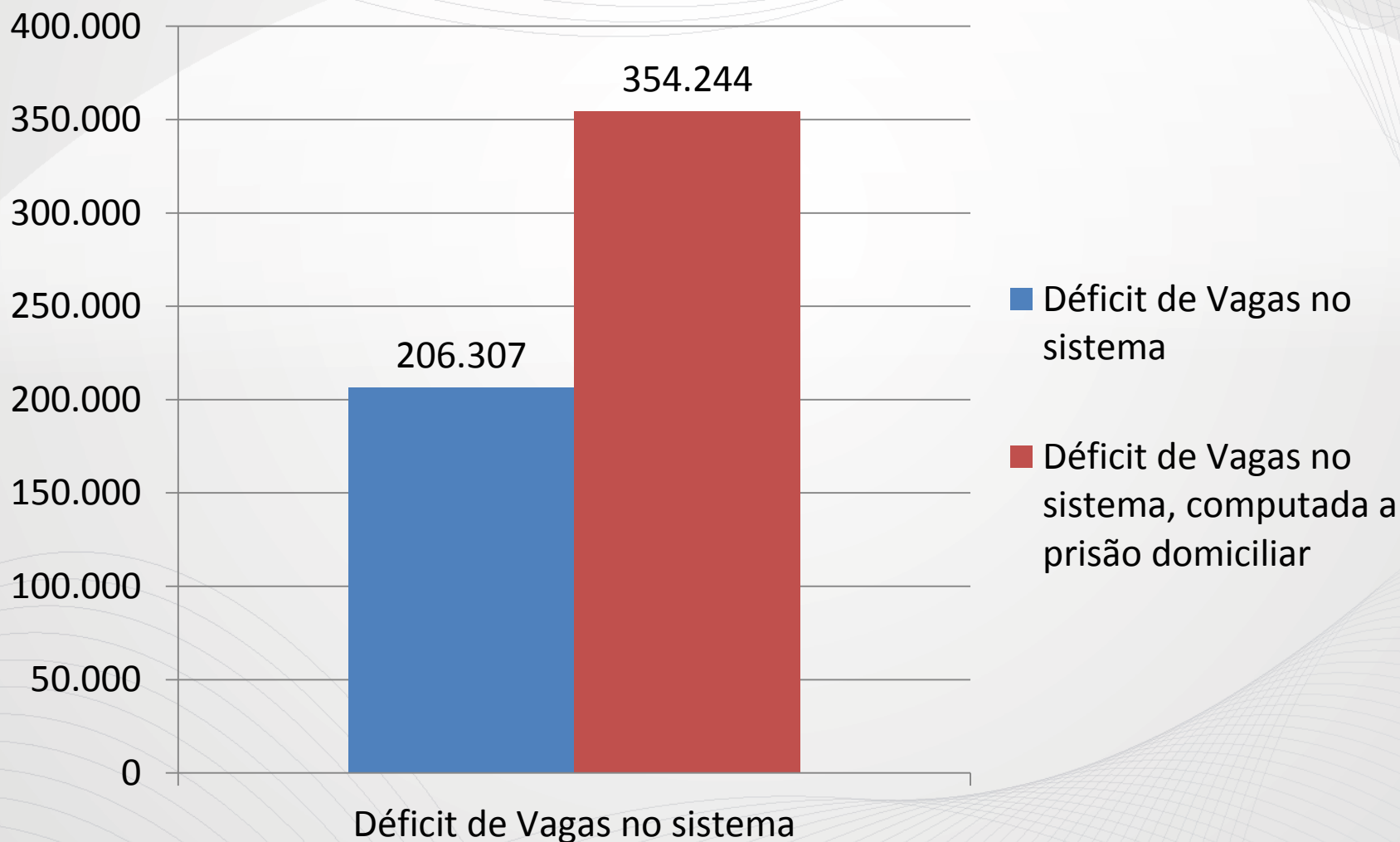


Gráfico Número de Pessoas Presas X Número de Vagas no Brasil

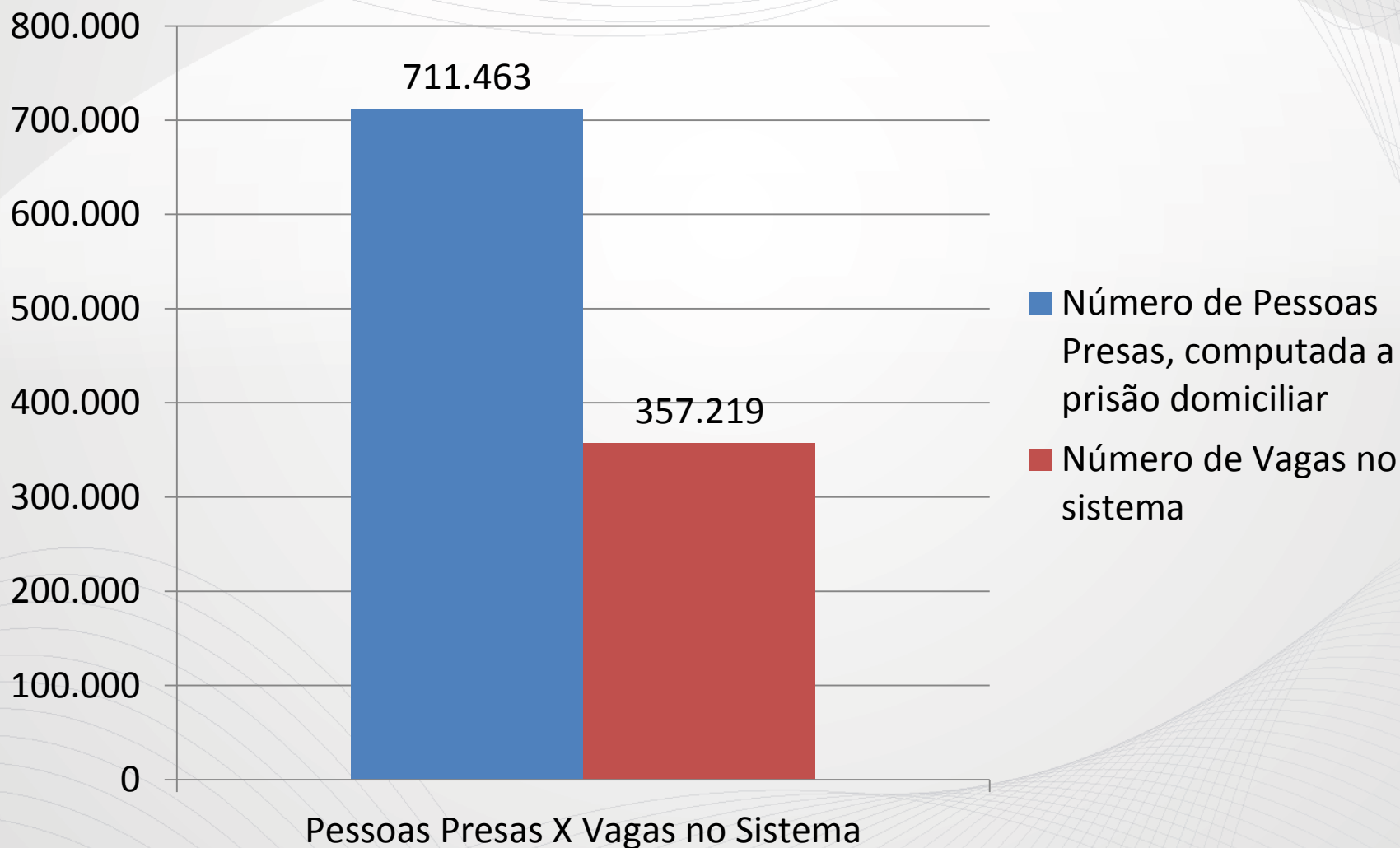


Gráfico de Presos Provisórios no Brasil

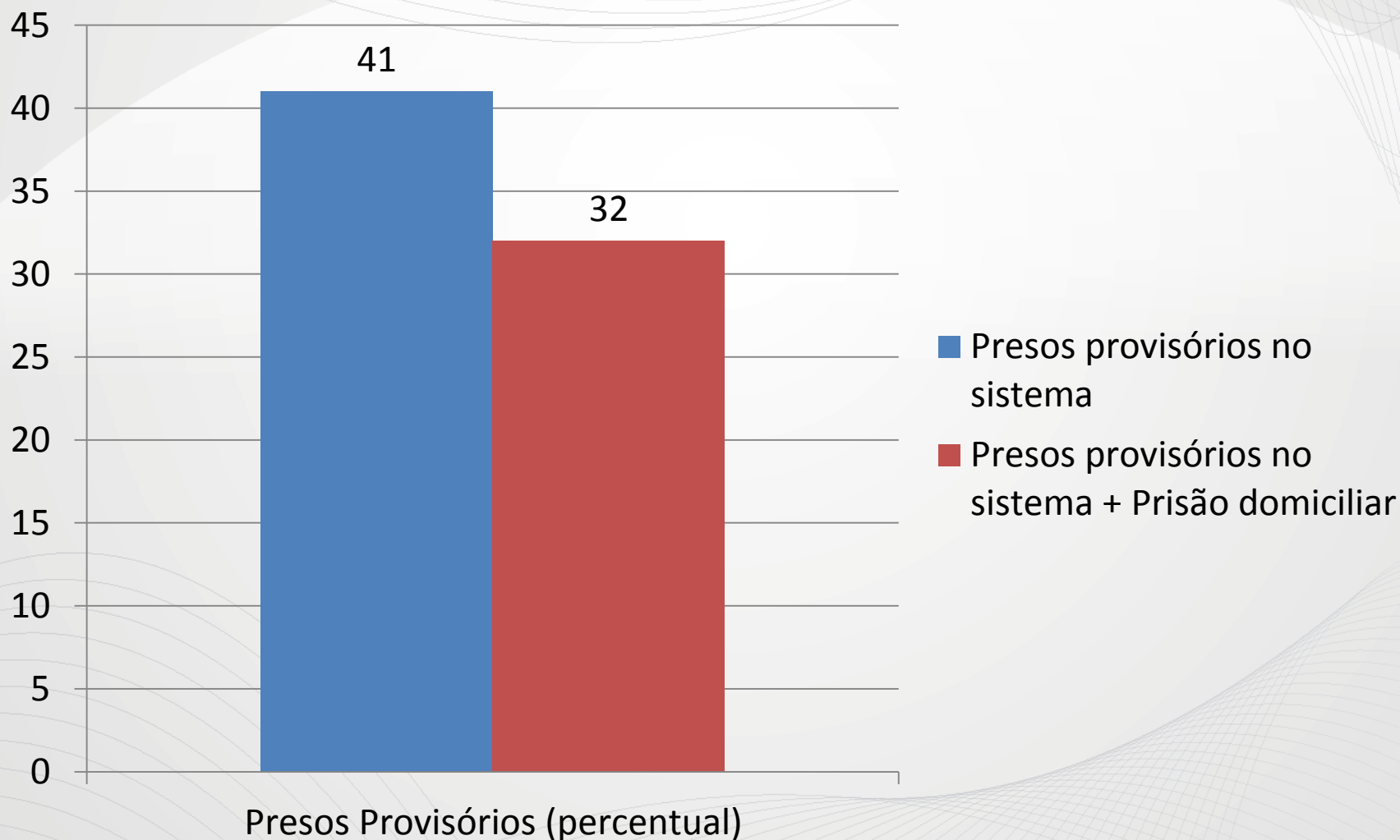
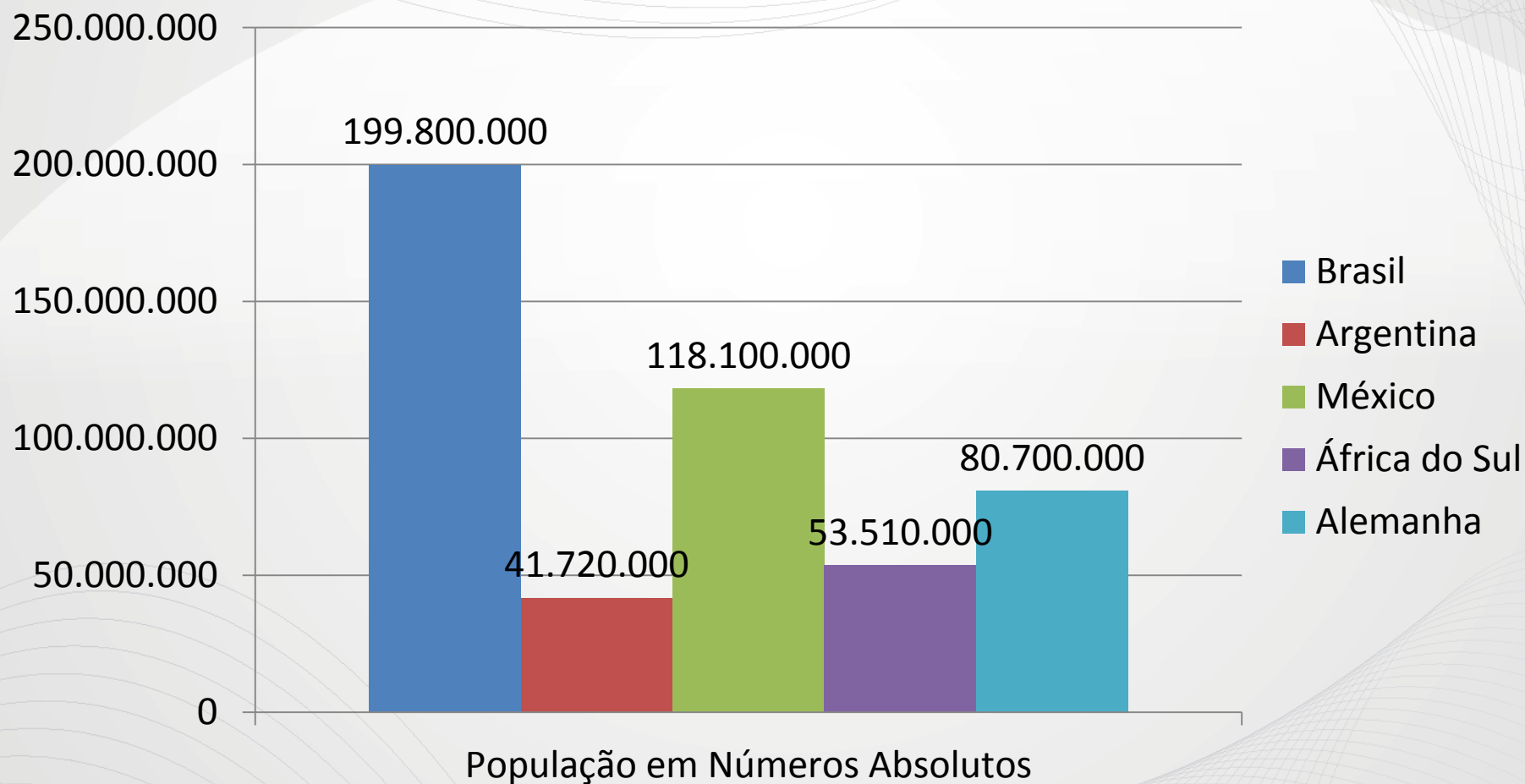


Gráfico População Absoluta



Fonte: ICPS – International Centre for Prison Studies, King's College de Londres.

Gráfico Número de Pessoas Presas

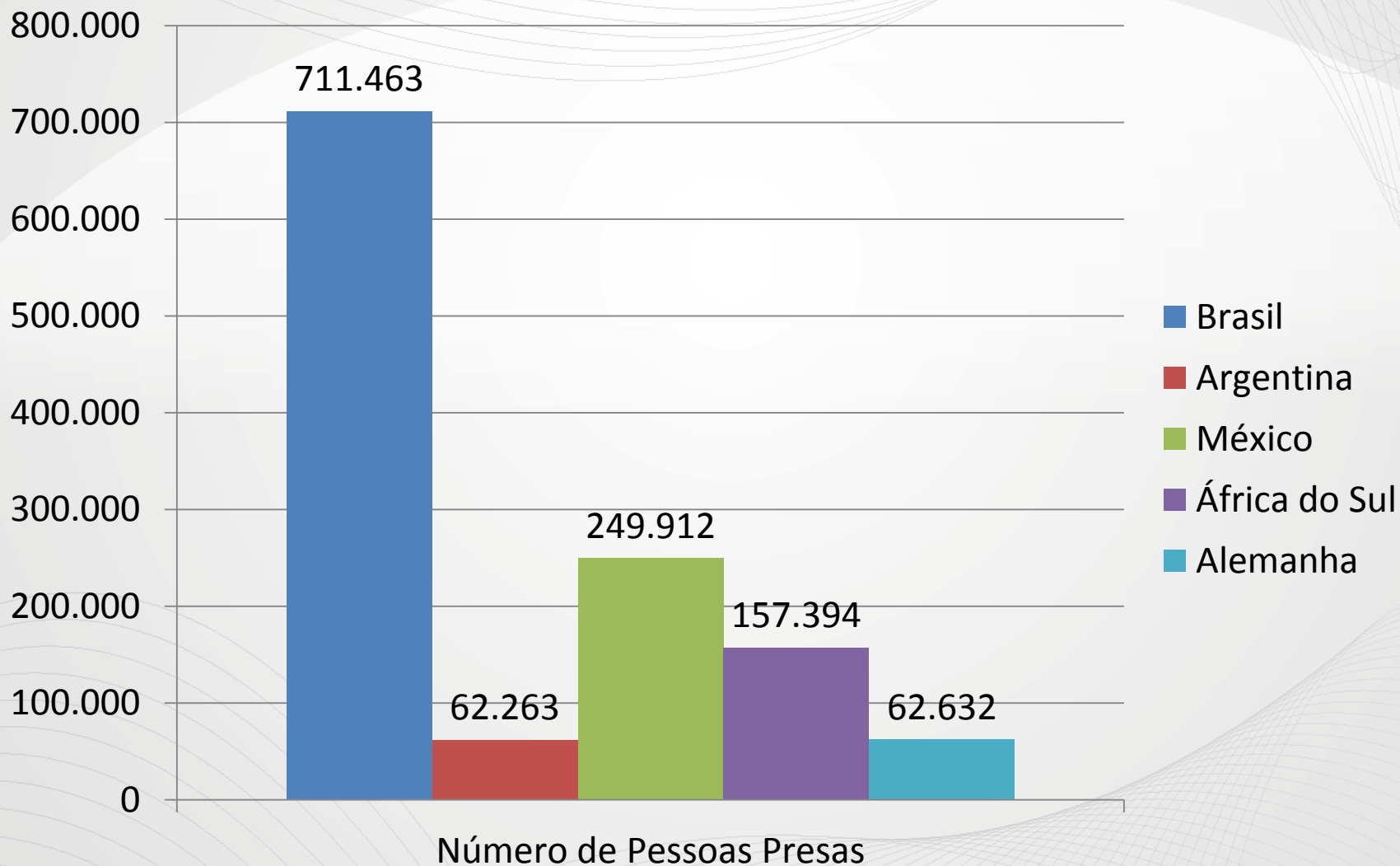


Gráfico prisões por 100.000 hab.

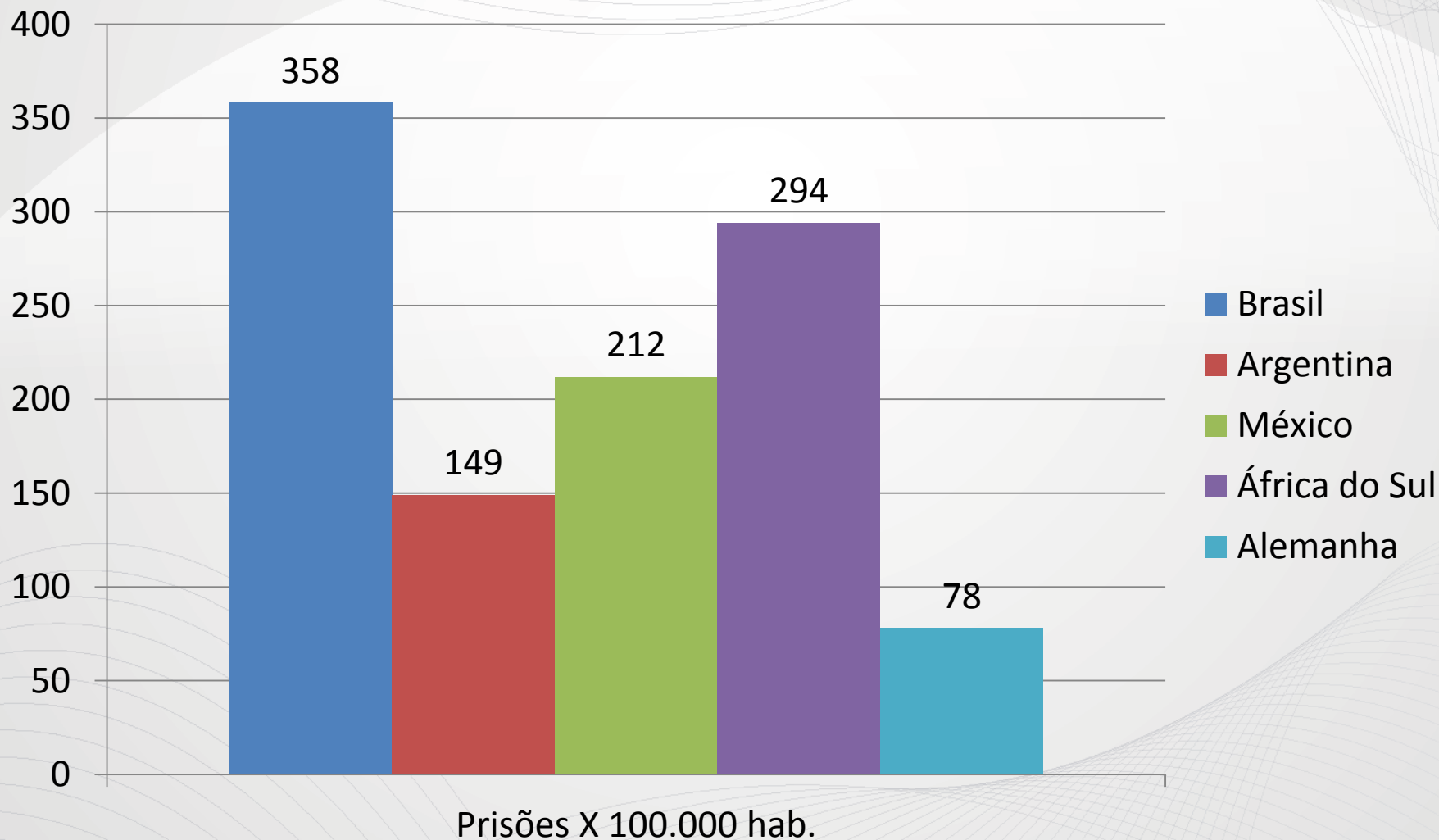


Gráfico Capacidade do Sistema

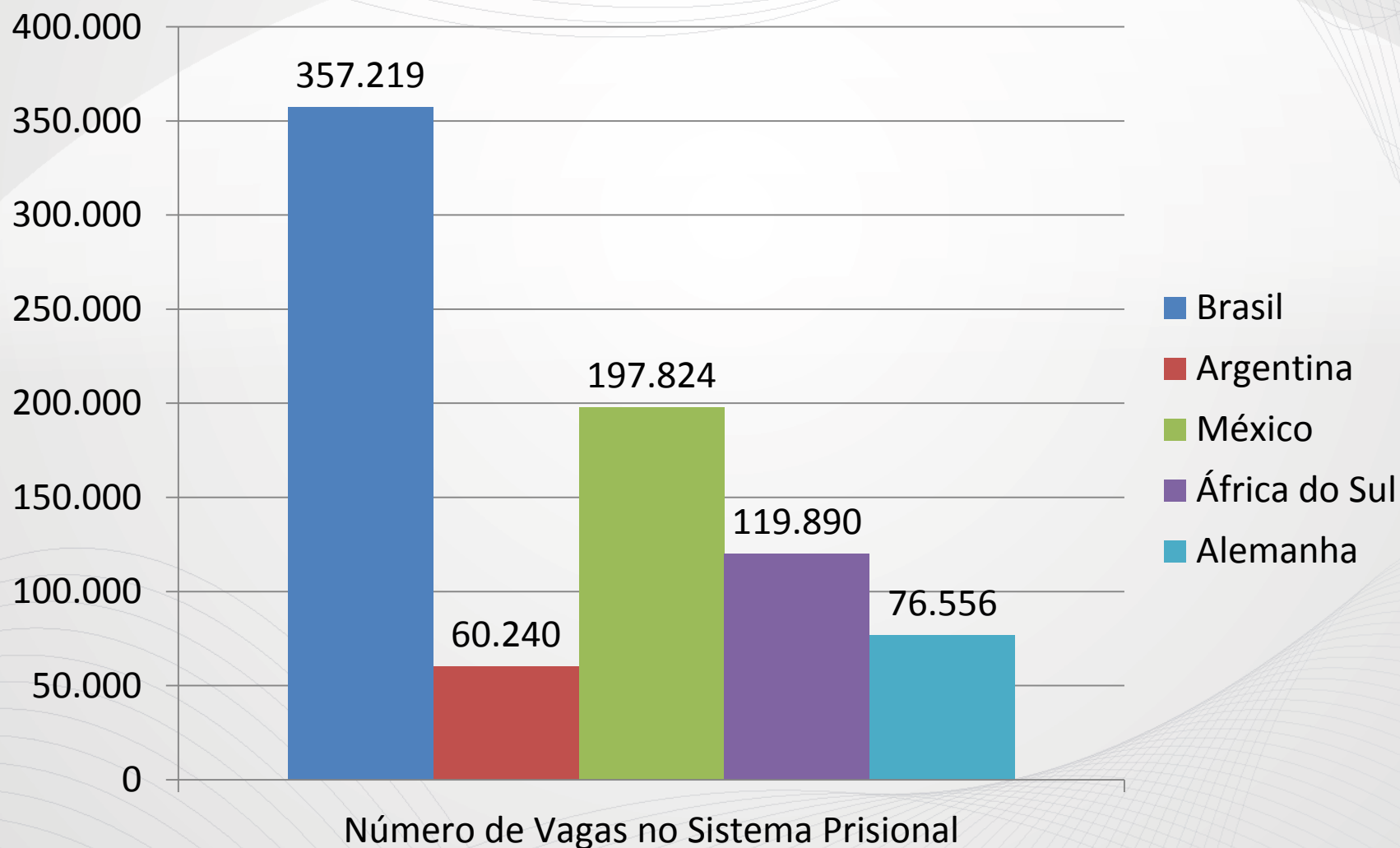


Gráfico Nível de Ocupação

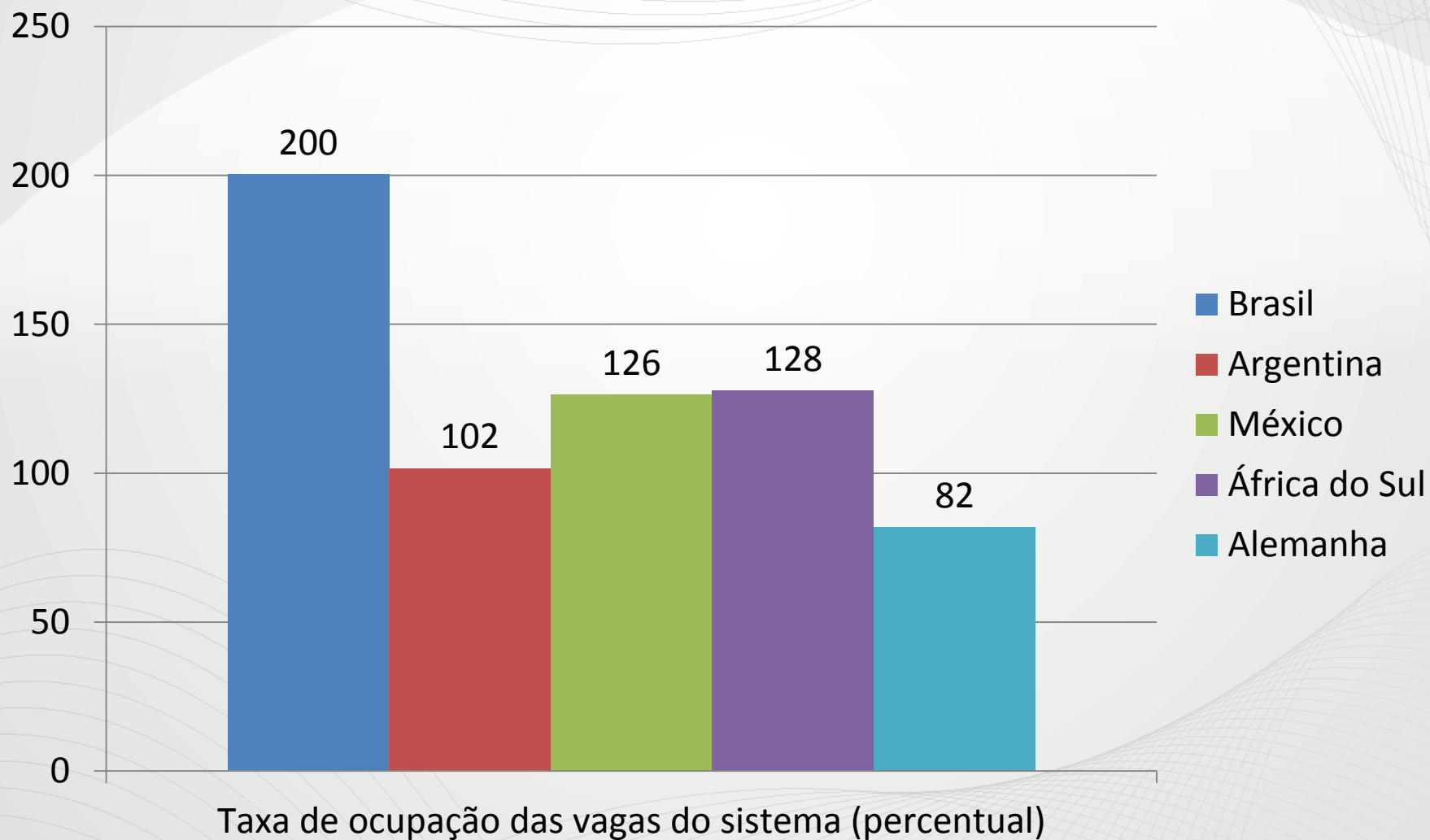
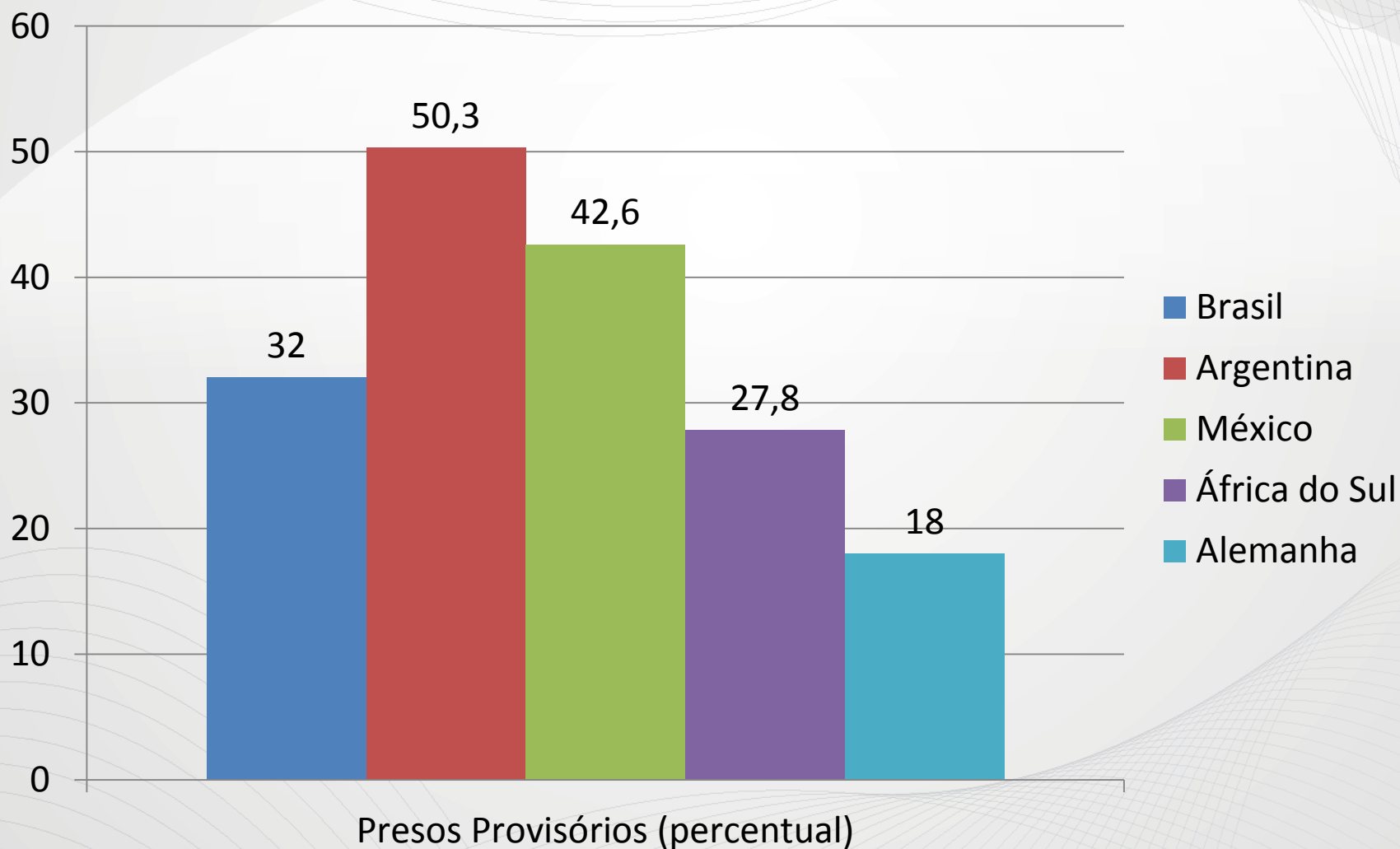


Gráfico Presos Provisórios



Ranking dos 10 países com maior população prisional

1.	Estados Unidos da América	2.228.424
2.	China	1.701.344
3.	Rússia	676.400
4.	Brasil	563.526
5.	Índia	385.135
6.	Tailândia	296.577
7.	México	249.912
8.	Irã	217.000
9.	África do Sul	157.394
10.	Indonésia	154.000

Ranking dos 10 países com maior população prisional

❑ Computadas as pessoas que estão em prisão domiciliar no Brasil, temos o seguinte ranking:

1.	Estados Unidos da América	2.228.424
2.	China	1.701.344
3.	Brasil	711.463
4.	Rússia	676.400
5.	Índia	385.135
6.	Tailândia	296.577
7.	México	249.912
8.	Irã	217.000
9.	África do Sul	157.394
10.	Indonésia	154.000

Panorama Brasileiro

População no sistema prisional = 563.526 presos

Capacidade do sistema = 357.219 vagas

Déficit de Vagas = 206.307

Pessoas em Prisão Domiciliar no Brasil = 147.937

Total de Pessoas Presas = 711.463

Déficit de Vagas = 354.244

Número de Mandados de Prisão em aberto no BNMP = 373.991

Total de Pessoas Presas + Cumpr. de Mandados de Prisão em aberto = 1.085.454

Déficit de Vagas = 728.235